EL
DERECHO PENAL
ESTUDIADO
EN SUS PRINCIPIOS, EN SUS APLICACIONES
Y
LEGISLACIONES DE LOS DIVERSOS PUEBLOS DEL MUNDO
O
INTRODUCCION FILOSÓFICA É HISTÓRICA
AL
ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

POR
J. TISSOT

VERSION CASTELLANA DE LA EDICION DE 1880

POR
J. ORTEGA GARCÍA.

AUMENTADA CON NOTAS Y ALGUNAS INDICACIONES BIOGRAFICAS DEL AUTOR

POR
A. GARCÍA MORENO.

TOMO PRIMERO.

MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES
Puerta del Sol, 13, y San Bernardo, 85
1880.

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 35.

INTRODUCCION

NOTICIAS BIOGRAFICAS DEL AUTOR.

La obra cuya adquisicion y lectura nos proponemos facilitar á los aficionados á los estudios penales con la traduccion á que sirven de prólogo estas líneas, es produccion de uno de esos hombres que, si no asombran por las grandiosas concepciones originales de su inteligencia, admiran por su actividad infatigable, por su vasta erudicion y por la tenacidad que muestran en su propósito de recoger y organizar en un todo armónico las verdades que se hallan como dispersas en los diferentes sistemas de la ciencia filosófica, en la que tienen su fundamento ó toman sus principios todas las demás ciencias.

Mas ántes de entrar en consideraciones críticas sobre la causa de que predomine generalmente esta tendencia en sus producciones, daremos algunas noticias biográficas del ilustre Decano de la facultad de Letras de Dijon.

Cláudio José Tissot nació el 26 de Noviembre de 1801 en Los Fourges (Doubs). Hizo sus primeros estudios en Besançon, en la facultad de Letras, que terminó á los veinte años, marchándose luego á París, en donde se dedicó con entusiasmo al estudio del Derecho, de la Teología y de las ciencias fisicas (de 1822 á 1829). Terminados todos sus grados en la Escuela de Derecho, siguió con asiduidad las lecciones ds Pouillet, de Gay-Lusac y de Thenard, asistiendo además á las cátedras de literatura y de filosofía en la Sorbona y en el Colegio de Francia.

Apasionado en extremo por los estudios filosóficos, sobre todo en sus relaciones con la religion, cuando tuvo ocasion de trabar amistad con su compatriota Jouffroy, y éste hizo que le nombraran profesor de Filosofía en el Colegio de Dole, entró con decision en la carrera á que su vocacion le impulsaba, tomando en 1830 el grado de Doctor en Letras. En 1831 fué nombrado profesor auxiliar, y enviado á Bourges, en donde explicó filosofía durante tres años, pasando despues á Dijon, donde se encargó de este mismo curso, en la Facultad, en 1836, ascendiendo en 1838 á profesor titular ó numerario de la cátedra que desempeñaba como interino hacía dos años, y que ha venido desempeñando desde entónces. En 1860 fué nombrado Decano de la Facultad, y hoy es Decano honorario de la misma.

Sería difuso enumerar aquí la infinidad de obras originales de su privilegiada inteligencia, y de las que ha traducido á su lengua á fin de anotarlas y comentarlas. Figuran entre las primeras, su obra de Estética literaria titulada: *De lo bello, principalmente en literatura,*

que fué su primera produccion; su *Curso elemental de filosofía;* su *Compendio de historia de la filosofía;* su *Ética ó Ciencia de las costumbres;* su *Antropología especulativa;* su *Estudio sobre los principales moralistas franceses, sus Meditaciones morales;* su *Psicología esperimental y racional; El animismo y sus adversarios; De la desmembracion del suelo y division de la propiedad; El matrimonio, la separacion y el divorcio; Principios de derecho público; Introduccion filosófica al estudio del derecho penal y de la reforma penitenciaria*, y otras muchas; habiendo tenido el honor de que la Academia francesa de Ciencias morales y políticas le haya premiado cuantas ha presentado á la misma, entre otras la presente, que lo ha sido con una medalla de gran valor.—Entre sus traducciones figuran las de todas las obras de Kant, algunas de Schulze, de Snell, de Ritter, de Wieland, de Lessing, y otras.

Se vé, pues, que las producciones de M. Tissot confirman, tanto como su carrera, su decidida vocacion á los estudios filosóficos; y si bien ha dedicado muchas vigilias á la ciencia del Derecho, áun en esto se muestran sus aficiones, habiendo elegido entre las ramas de esta ciencia aquellas que tienen más íntimo enlace con la filosofía, como sucede, por ejemplo, con el Derecho penal, cuyas teorías se prestan, más que las del Derecho civil, á la aplicacion de los principios filosóficos, pudiendo decirse, en cierto sentido, que el primero es como el lazo de union entre la filosofía y las ciencias jurídicas en general, porque en el Derecho penal no predomina, como sucede en el civil, la apreciacion del hecho material, sino que aprecia más bien, como elemento esencial, el agente

moral, la intencion con que el hecho se ha realizado; de donde se deduce que el penalista, ademas de jurisconsulto é historiador, debe ser tambien filósofo; y en tal supuesto, se hallaba M. Tissot en excelentes condiciones para escribir una obra clásica de primer órden sobre tan importante materia.

¿Responde este libro á lo que de su autor debía y podía esperarse? Sobre esto hay divergencia de pareceres, sosteniendo unos la afirmativa y otros la negativa, segun las ideas que profesan aquellos que los emiten.

Aun en nuestro mismo pueblo, que tan alejado ha estado hasta ahora del movimiento científico general de nuestro siglo, ha tenido sus admiradores, hasta el punto de copiar en sus obras originales bastantes trozos de la presente, sin cuidarse de introducir apénas modificacion alguna; miéntras otros la impugnan de la manera más absoluta por algunas apreciaciones erróneas, de cierta consideracion, que respecto de nuestro derecho histórico se encuentran en la obra, sin tener en cuenta que esto, no tanto depende de censurable descuido, cuanto del completo desconocimiento que, en parte por nuestro abandono, ha reinado hasta hoy en toda Europa respecto del estado intelectual y moral de los Españoles.

Empero, si, valga por lo que quiera, hemos de emitir franca y lealmente nuestro juicio en lo que de esta importante materia se nos alcanza, creemos que ambas opiniones son igualmente exajeradas, como podrá convencerse de ello cualquiera que, sin prevencion de ningun género, examine con algun detenimiento esta obra, y vea cómo en ella se refleja la personalidad del autor de una manera admirable.

En efecto; si atendemos á los principios y bases fundamentales que Tissot establece y sustenta, revélase en ellos cierto eclecticismo; lo cual no podía ménos de suceder tratándose de un hombre de carácter independiente, de inteligencia clara, y de una laboriosidad infatigable; que ha estudiado á fondo todos los sistemas filosóficos, que ha seguido paso á paso el movimíento científico de la primera mitad de nuestro siglo, y ha examinado atentamente los precedentes históricos de tantas controversias como surgen al chocar entre sí las opuestas doctrinas que vienen disputándose, desde hace más de un siglo, el laurel de la victoria.

Dados estos antecedentes, ¿qué cosa más natural y lógica que el hombre que posee tales cualidades rechace decididamente la tiránica dominacion de un sistema científico determinado, y que, al observar que la verdad se halla como esparcida en todos ellos, pretenda tomar de cada uno los principios que estima verdaderos, entrando á formar en las filas del eclecticismo?

No se crea, sin embargo, que M. Tissot ha sido un partidario decidido del ilustre jefe de la escuela ecléctica, de Víctor Cousin, ántes por el contrario, parece que no hubo entre ellos la mejor armonía; pero, esto no obstante, consecuente siempre consigo mismo, tomó del eclecticismo todos los principios que él consideró verdades inconcusas, las unió á las que creyó tales en otros sistemas, é intentó formar un cuerpo de doctrina, que, como dice un ilustre crítico francés, es «un eclecticismo del eclecticismo.»

Mas cuando el científico, convencido de la deficiencia de todos los sistemas y escuelas, no puede ya optar

por ninguno de ellos, é intenta reunir en un cuerpo de doctrina las verdades que en todos encuentra, se coloca en una alternativa en extremo peligrosa, á saber: ó ha de ser un génio cuyas vastas concepciones todo lo dominen, y fundiendo por decirlo así todas las doctrinas, dé á luz una creacion admirable, ó ha de fracasar en tan difícil empresa, y, áun sin querer siquiera parecerlo, venir á formar en las filas del eclecticismo, de esa doctrina (si tal puede llamarse), de la cual dice el ilustre Guyard que es «el sistema de los que son incapaces de fundar un sistema.»

Sin embargo, Tissot, hombre tan modesto como ilustrado, no ha tenido semejantes pretensiones; y no conformándose con las conclusiones de ninguno de los sistemas conocidos hasta el dia, y comprendiendo la casi imposibilidad de fundar un nuevo edificio en medio de tantas ruinas como viene aglomerando el criticismo de estos últimos siglos, se ha contentado con ir separando los materiales que mejor le han parecido, para que la sociedad moderna pueda irlos utilizando; y aunque quizá no en todo haya acertado, bien merecen sus obras ser conocidas, estudiadas y meditadas por los amantes del saber; y, en tal concepto, he creido hacer un buen servicio á mi patria, comenzando á divulgar en ella los trabajos de un hombre que por su constancia, su ilustracion y susvirtudes, merece el respeto y la consideracion de sus contemporáneos.

Tarea larga, ya que no difícil, sería si hubiéramos de descender aquí á la aplicacion de estas ligeras indicaciones generales á la presente obra; como no lo sería ménos la de hacer la exposicion crítica de su plan y de

las teorías que sustenta en cada uno de los *once* libros que sus *tres* partes comprenden, siendo además de todo punto inútil este trabajo, que ha de hacer con más acierto por sí mismo el lector que se interese por este género de estudios, que tan poderoso vuelo van adquiriendo en Alemania, Italia, Inglaterra, Francia y en los demás pueblos que están hoy á la cabeza de la civilizacion y del progreso.

A. García Moreno.

Madrid 1.° de Abril de 1880.

PRÓLOGO.

No tratamos aquí del estudio de un código criminal determinado, sino de los principios que deben regir toda legislacion penal y de la manera como han sido reconocidos y aplicados en mayor ó menor escala por los diversos pueblos, añadiendo á esto las disposiciones que reclaman las particulares circunstancias en que cada uno de ellos se encuentra; pero estas circunstancias no pueden nunca ser tales que deban contradecir esencialmente las leyes universales de que hablamos, puesto que estas leyes sólo son universales porque se fundan en la naturaleza humana.

¡Vanas generalidades, especulaciones vacías, filosofía pura! dirán ciertos espíritus positivistas.

Pero aguardad un momento, si quereis: mi libro no puede contenerse todo entero en las primeras líneas de mi prólogo, y solamente pido permiso para dar á conocer aquí su espíritu.

¿Por ventura, los adversarios de las especulaciones filosóficas se hallan tan acordes entre sí que no tengan que arreglar sus comunes diferencias ántes de aliarse contra un espíritu que les desagrada? Por otra parte, ¿estan seguros de entenderse despues de la victoria y de alcanzar sin dificultad sus frutos?

Yo creo, en efecto, que hay dos clases de espíritus que se llaman *positivos* en materia de derecho: los que se atienen á la letra de una legislacion cualquiera, y los que quieren aclarar la letra misma por la historia del país en que se ha escrito y por el estudio comparativo de otras legislaciones.

Segun los primeros, basta comprender una lengua para entender al legislador que la habla: éstos confiesan, sin embargo, que no es de todo punto inútil un poco de buen sentido. Pero ¿quién no se considera ámpliamente dotado de él? Y además, ¿cómo podría el estudio dar rectitud á un juicio naturalmente extraviado? ¿No estan determinados, por ventura, los límites de la jurisprudencia? ¿Qué cosa más fácil entónces que comparar las especies, sobreponerlas, por decirlo así, y decidir en consecuencia? A falta de jurisprudencia, ¿no se tiene otra guía no ménos segura y fácil de seguir? ¿No es la ley un cuadro acabado, que sólo espera los casos particulares que se adaptan visiblemente á ella, para serles tambien visiblemente aplicable? El lenguaje de la ley, ¿no se refiere al porvenir? ¿No se ha hecho para todos los casos previstos en ella? ¿Y qué necesidad hay de oscurecer su claridad natural por medio de consideraciones históricas ó de legislacion comparada, que son ó poco ciertas ó perfectamente inútiles, tanto, por lo ménos, como las consideraciones filosóficas sacadas del conocimiento de la naturaleza humana, y en particular de la razon moral y jurídica?

Tal es el lenguaje de unos hombres que se consideran tanto más libres del error en la práctica, cuanto más cuidadosamente se abstienen de toda investigacion y especulacion respecto á la letra misma de la ley.

Reconocemos, ante todo, que necesitan hacer pocos esfuerzos para mantenerse en este criterio tan cómodo, por lo ménos, como seguro.

Hagámosles tambien la justicia de que son lógicos sin darse cuenta de ello, de una manera instintiva, lo cual puede, en cierto modo, servirles de excusa. Enemigos declarados de los estudios filosóficos, si hacen uso de ellos, es sin quererlo, y por lo tanto, no son responsables de esta inconsecuencia.

Pero quizá no concederán tampoco que son lógicos sin saberlo: es necesario demostrárselo. Convendrán, sin duda,

en que la ley es más general que las especies que está destinada á comprender y resolver; concederán tambien que estas especies son susceptibles de una cierta generalidad, de una fórmula que hace precisamente que casos irregulares, indefinidamente numerosos ó que difieren todos los unos de los otros por algunos caractéres accidentales, puedan tener lugar en ella; no negarán tampoco que estos caractéres accidentales no cambian la naturaleza de la especie, y que todos los casos particulares que entren en ella puedan ser resueltos de igual manera: la ley debe aplicarse lo mismo á todos *quoad speciem*.

¿Y qué es esto sino un silogismo? La mayor es la ley; la menor es la especie; la conclusion, el resultado de la ley á la especie.

No hay jurisprudencia que pueda seguirse como regla sin la intervencion del razonamiento; y como la jurisprudencia misma no se halla universal y definitivamente establecida, es una guía que puede faltar, una guía que con frecuencia ha sido tomada ya en un sentido ya en otro, y sobre la cual es fácil extraviarse. En fin, la jurisprudencia más constante, sólo es un auxiliar muy respetable sin duda, pero no una autoridad propiamente dicha. Será necesario, pues, remontarse á la ley áun cuando se halle uno obligado á ello por deber.

Pero ¿qué es la ley sino una de esas generalidades que parecen derivarse del cielo, que se revelan de una manera edificante, pero que no es despues de todo sino obra del espíritu humano, de ese espíritu generalizador y filosófico que convendría á veces maldecir, bajo ciertos puntos de vista, cuando respecto á otros se somete tanto ante las concepciones que no tienen un orígen diferente? Los juristas más apegados á la jurisprudencia, que son en el fondo los más desdeñosos de la ley, aunque en apariencia no pueden dispensarse de invocarla y de fundar sobre ella sus decisiones, hállanse, pues, obligados más que nunca cuando esta base les falta, á hacer ellos mismos la jurisprudencia. Será necesario que interpreten personalmente la ley en este caso, y como las fuentes no son siempre de una perfecta claridad, como pueden ser entendidas de diversa manera por los comentaristas y por los jueces, será necesario salir de este conflicto por la máxima *sit pro ratione voluntas*.

Este último medio no es, como se verá, el más inteligen-

te ni el más honrado, y sólo figura aquí para la simetría y para completar la alternativa. Será, pues, necesario interpretar la ley, y como el fin de tal interpretacion es conocer el pensamiento verdadero del legislador y no el dar á la ley un sentido cualquiera que agradaría ver á la primera lectura, sería indispensable recurrir á los motivos reales que han inspirado este pensamiento, motivos que pueden ser de dos clases, segun que son tomados de las necesidades sociales, políticas, económicas, jurídicas, etc., en que se encuentra el legislador y la sociedad de que forma parte, ó inspiraciones de la razon práctica universal fundadas sobre el conocimiento de la naturaleza humana.

De aquí dos clases de conocimientos necesarios á los juristas, que se encierran con tanta complacencia en el círculo de la práctica más estrecha, que se jactan de ser positivistas, que hacen un mérito de esta estrechez de miras y que encubrirían con gusto esta debilidad ó esta pereza bajo el título de genio práctico por excelencia. ¿Cómo hombres ilustrados y laboriosos pueden ser cómplices de este sofisma de un amor propio exaltado?

Dejemos á estas inteligencias, tan exclusiva y exageradamente prácticas, la satisfaccion aparente de decir que la teoría, la historia y la filosofía no sirven para nada: estos honrados prácticos tienen bastante castigo con no poder romper el estrecho círculo en que la naturaleza parece haberlos encerrado; su mismo desprecio es ya una venganza.

Pero si no siempre abusan de sí mismos, pueden abusar de los demás. Establezcamos, pues, si no contra ellos, al ménos en favor de los que puedan creerles un instante bajo su palabra, que el derecho, como todas las ciencias, tiene principios naturales, y que el conocimiento más estricto de los hechos no puede suplirlos: de esta manera habremos demostrado, contra los partidarios de la escuela inductiva, que la historia no es la única fuente de la legislacion y de la jurisprudencia.

Una primera dificultad, insuperable en este sistema, es la de juzgar una cuestion de derecho á falta de una ley positiva, principalmente en el espíritu de una legislacion que estime en algo la equidad, que haga de ella, en cuanto sea posible, la base de sus prescripciones, que se inspire en ella; en una palabra, que crea en una ley jurídica natural, universal y absoluta.

Una segunda imposibilidad, inseparable del sistema que proscribe las concepciones fundamentales del derecho, las ideas madres *à priori* de esta ciencia, es el no poder dar la menor nocion del derecho mismo, así como de todos sus congéneres y derivados.

La historia, como es sabido, sólo se refiere á los hechos, á los fenómenos que atestigua, pero que es incapaz de generalizar, y de los cuales no puede sacar ninguna nocion, ninguna regla, ninguna ley. La historia es á los acontecimientos externos lo que la memoria es á los hechos de conciencia. Así como no se podría, sin confundirlo todo, atribuir á la memoria la generalizacion, la induccion, la analogía y ménos todavía, las nociones absolutas de la razon, igualmente no se puede sacar de los hechos humanos exteriores que la historia nos trasmite, la menor nocion propia para dirigir nuestras acciones.

El tercer vicio de la escuela empírica, que sólo quiere oir hablar de historia en materia de derecho, es el de enervar sus pretendidas reglas, suponiendo lo imposible, es decir, que se pueda sacar el derecho del hecho, lo inteligible de lo sensible, lo racional de lo experimental, lo absoluto de lo relativo, lo necesario de lo contingente, no podrá jamás hallar en los hechos la nocion de su necesidad moral, la nocion de obligacion: ninguna de las pretendidas leyes morales dadas por la historia llevará el carácter sagrado de obligacion, ni será proclamada por la conciencia, ni encontrará en ella su motivo y su sancion.

Un cuarto inconveniente, que resultaría del sistema empírico ó de la historia en materia de derecho, si los que lo profesan fuesen exclusivistas y consecuentes, lo que yo supongo y lo que, gracias á Dios, sucede rara vez, es que no habría leyes posibles para las primeras sociedades humanas, en las que no se hubiera formado todavía la historia, ni tampoco para los pueblos ó los indivíduos que no la tienen ó que la ignoran.

Una quinta dificultad es la de determinar la época en que la humanidad había vivido ya suficientemente para que su historia y la de sus leyes pudiese dar orígen á la de su legislacion. Esta cuestion no puede ser evidentemente resuelta sino *á priori*; y por otra parte, la escuela histórica no puede sin contradiccion admitir semejante razonamiento.

Una sexta dificultad, ó mejor debiéramos decir imposibi-

lidad, es la de no variar nada de lo antiguo y de impedir que la legislacion entre en las vías del progreso, puesto que éste supone un cierto grado de ideal que pasa un dia al estado de realidad. La historia no da, ni puede dar, sino hechos; jamás las ideas que son superiores á éstos. Si á consecuencia de los hechos surgen ideas en nuestro espíritu, no es la historia la que las produce, sino una facultad especial que no tiene nada de comun con ella.

Y como, por otra parte, la escuela histórica se halla en la impotencia absoluta de considerar la época en que la historia ha debido comenzar á tener autoridad, su principio debe ser tomado en toda su extension, lo que quiere decir que si puede raciocinar hoy como lo hace, siempre se ha podido y se ha debido raciocinar de la misma manera. Hé aquí, pues, á la humanidad condenada desde sus primeros pasos á permanecer estacionaria; puede moverse en el círculo que ha recorrido ya, pero no extender su rádio: sólo debe ser lo que ha sido.

Así, la escuela histórica es, en principio, opuesta á las reformas, á las mejoras, y por consecuencia muy favorable de hecho á las revoluciones, que sólo se previenen por la oportunidad de las reformas.

Pero como de hecho, tambien el espíritu humano describe su espiral y va de esta manera á su fin, á pesar del empirismo de los conservadores incultos ó meticulosos, la cadena de la historia recibe en cada siglo un cierto número de eslabones que no se parecen los unos á los otros.

De aquí un sétimo vicio inherente á la escuela histórica pura: el de caer en una imitacion peligrosa é impracticable, ó de razonar mal por analogía. Una gran revolucion se realizó en 1789 más acá del estrecho que separa á Francia de la Gran-Bretaña; las bases de la sociedad francesa no se parecían á las de ninguna otra; pero, esto no obstante, los hombres de Estado de la Restauracion, que sólo tenían ante sus ojos la historia del antiguo régimen, quisieron poner en vigor las instituciones abusivas, y sólo consiguieron excitar la indignacion popular que los destruyó en pocos dias. Otros hombres de Estado, no ménos versados en la historia que los primeros, pero que sólo atendieron en este caso á las ventajas del gobierno británico, y casi tan desdeñosos de los derechos absolutos de los pueblos como sus infortunados predecesores, hicieron igualmente zozobrar la nave

que habían prometido á la Francia y al gobierno de Julio conducir á seguro puerto. Este fué asunto de pocos dias en 1830, y asunto de pocas horas en 1848. Verdaderamente, la escuela histórica muéstrase demasiado hábil para que no se vacile en confiarle de nuevo los destinos de los pueblos; y cosa más admirable aún es que la pretendida luz que arroja sobre sus fanáticos partidarios, produce á sus ojos un espejismo tan engañador, que las catástrofes, léjos de haber disipado la ilusion, sólo sirven para acrecentarla. Persuádense, ó á lo ménos quieren persuadir á los otros, de que se habría salvado el país si las faltas que le han perdido se hubieran cometido más ó ménos tarde.

Y no es esto todo. Si las leyes no tienen su razon de ser, en parte al ménos en la naturaleza esencial de la humanidad, en las relaciones naturales y universales que se derivan de hombre á hombre y que la razon proclama, sino que por el contrario, han de sacarse de las circunstancias accidentales, que varían segun el tiempo y el lugar, y que son del dominio exclusivo de la historia, resultará este sétimo vicio: que las leyes no tendrán nada de uniformes ni de constantes. Esto ha sucedido, en el sistema que nosotros combatimos, con el parentesco de los pueblos y de las instituciones, con la tendencia á la universalidad y á la permanencia de las leyes; esto ha sucedido con el ideal de perfeccionamiento á que la razon y la civilizacion aspiran.

Tales son las principales y desastrosas consecuencias del empirismo histórico aplicado á la interpretacion y confeccion de las leyes. No pretendo que estas consecuencias se encuentren todas aquí y en toda su extension: creo, por el contrario, que no influirán jamás hasta este punto en los hechos, tanto porque los autores de este sistema exclusivo son inconsecuentes, como porque encontrarán en la aplicacion resistencias insuperables; pero cuando se quiere probar la verdad de un principio ó de un sistema, es necesario tener en cuenta las inconsecuencias de los que lo profesan y los obstáculos que pueden surgir, y es menester ademas deducir delos principios sus últimas consecuencias: si son monstruosas, irritantes é inadmisibles, es por que el principio que tales errores contiene es propiamente un mónstruo que conviene ahogar. La verdad, por torturada que pueda ser por la dialéctica, no puede conducir al error: si

hace derivar el error de un principio, es porque el principio en sí no es verdadero.

Acabamos de ver que el empirismo histórico es falso por lo que afirma; vamos ahora á probar que es falso por lo que niega.

Rechaza, como se sabe, los principios *à priori*, las verdades primeras de la razon, y por consecuencia las mismas nociones fundamentales que las engendran.

Podríamos limitarnos aquí á remitir á una sana teoría de las ideas, á recordar que en todas las grandes épocas de la historia de la filosofía se han distinguido ideas sensibles é ideas que no lo son; que sólo las sensibles forman la materia de la historia; que la escuela exclusivamente histórica es sensualista, en la acepcion psicológica de la palabra; que no puede tampoco llegar á principios que no lo sean, y que es imposible deducir de una cosa lo que ella no contiene en sí.

Como los principios que van á seguir son una de las bases del derecho penal, y esta base es un conjunto de ideas racionales, se deducirá de aquí naturalmente que una escuela que niegue, ó que, segun su máxima capital, debe negar estos principios, es absolutamente impotente para darse razon del derecho criminal.

Demostrar la verdad y la naturaleza racional de estos principios, es por lo tanto probar de otra manera la falsedad de un sistema que los niega.

Es un hecho que la nocion de identidad cualitativa ó de naturaleza esencial, es aplicable á todos los miembros de la humanidad, y sólo en virtud de esta nocion de identidad, es posible la idea de humanidad ó de especie humana.

Aun es más: esta nocion no tiene nada de empírica ni de experimental en sí, aunque no la tendríamos jamás sin el conocimiento experimental de nosotros mismos y de nuestros semejantes.

Pero si la humanidad es idéntica á sí misma en todos sus miembros por sus caractéres específicos ó esenciales, es que los hombres son de la misma naturaleza, y por lo tanto que son iguales.

Este es otro principio de incontestable verdad, y que es igualmente derivado de la razon, que no tiene nada de fenomenal y que no puede por consecuencia pertenecer á la historia, como no pertenece el mismo principio de identidad.

Sin embargo, si todos los hombres son iguales con una igualdad de esencia ó de cualidad, aunque no en cuanto al grado ó á la intensidad de esta cualidad ó de esta esencia, resulta de aquí este tercer principio: la justicia de la reciprocidad ó la conveniencia práctica de hacer á cada uno lo que cada uno se permite hacer con sus semejantes; de aquí esta máxima tan antigua como el género humano, como la conciencia universal, y que la hallamos en las filosofías de Oriente, entre los filósofos griegos y romanos, y en el Evangelio: «no hagas á otro lo que no quieras que hagan contigo;» máxima que ha sido sentida ántes de ser concebida claramente; que ha sido concebida ántes de ser formulada, y que, como las precedentes, no es del dominio de la percepcion ó de la historia.

Un cuarto principio, consecuencia necesaria del precedente, es que la pena puede ser igual al mal que se ha querido ocasionar; de otra manera la reciprocidad no sería completa ni la justicia satisfactoria. En este caso, como en el que precede, la historia nada tiene que ver: dirá sólo si este principio ha sido aplicado y cómo; pero ni lo ha dado ni ha podido juzgarlo.

Un quinto principio de naturaleza racional pura, como todos los que preceden, y por lo tanto, extraño á la historia, es que si la justicia permite la aplicacion estricta del principio de reciprocidad en materia penal, es en este caso un simple derecho que da, pero no una obligacion que impone; puesto que se tiene el derecho de renunciar el ejercicio de todo ó parte de ese derecho, lo que permite al que tiene el derecho de castigar, sea Estado ó particular, el no aplicar toda la pena merecida. En este caso, se ejerce una justicia de derecho y no una justicia de deber. Muchos criminalistas y filósofos, por no haber hecho estas distinciones y por haber dado á la pena un fin que no puede ser el del hombre, la espiacion, se han engañado de la manera más lastimosa y han conducido á los legisladores á una excesiva dureza: entre éstos sólo citaré á Platon en la antigüedad, y á Kant en los tiempos modernos. Todas las legislaciones penales dictadas bajo la inspiracion de las ideas teocráticas ó religiosas se hallan tambien en este caso.

La humanidad, el principio mismo de una justicia recíproca bien entendido, y la utilidad pública sabiamente concebida, hacen, por el contrario, un deber moral del de no ex-

tremar la justicia penal: en este sentido se ha dicho, haciendo hablar al mismo Dios en la Escritura: «la venganza me pertenece y yo vengaré.»

Este quinto principio, sobre el cual tampoco tiene nada que decir la historia, porque nada piensa sobre él, principio que tendería más bien á condenar, presentando como más generalmente admitido el opuesto, principalmente en la antigüedad, penetra cada día más en las legislaciones modernas, y concluirá, así lo esperamos, por inspirarlas á todas: tal es el principio de derecho facultativo sustituido al de justicia obligatoria de la jurisprudencia mística ó al principio fanático de la expiacion de todas las teocracias.

Si la historia sólo puede trasmitir todos estos hechos sin juzgarlos, si es absolutamente incapaz de distinguir nada sobre este punto, si conservando el recuerdo de los principios y de su aplicacion como hechos, no posee absolutamente la inteligencia de ellos, es necesario convenir en que la apreciacion crítica de las legislaciones pasadas, y la utilidad de este género de estudios para las legislaciones futuras, exigen algo más que la historia. Este algo es el conocimiento del hombre, de sus facultades, de sus ideas, de su naturaleza, de su destino, en una palabra, es la filosofía.

Creemos, pues, haber motivado suficientemente la parte concedida á la filosofía en este estudio del derecho criminal; nos resta sólo decir cómo hemos concebido el de la historia.

Puesto que la historia no tiene nada que ver con la legitimidad ó ilegitimidad de los hechos; puesto que, por otra parte, estos hechos son tan numerosos y diversos, que se diría con verdad que los directores de los pueblos han procedido arbitrariamente señalándoles leyes, y que las más peregrinas imaginaciones han sido la razon suprema de estos decretos; es evidente que los principios deben dominar los datos históricos, deben servir para clasificarlos y juzgarlos segun lo que deberían estar en armonía con las leyes supremas y absolutas que constituyen la esencia de la humanidad ó que de ella se derivan; así el elemento filosófico debe dominar y dominará al elemento histórico.

El oficio de la historia será en esta ocasion, como debe ser siempre, iluminar á la razon, á la filosofía, sobre los hechos de naturaleza secundaria, pero que pueden sin embargo prestarse á conclusiones prácticas que seguramente no habrían sido sin ellos deducidas.

Decimos que los hechos de este órden son secundarios, porque hay otros incomparablemente más importantes y que la filosofía conoce sin pasar por la historia, á saber: los hechos del órden psicológico, los hechos constitutivos de la naturaleza esencial y universal del hombre, hechos ante los cuales los otros son realmente accesorios.

Tomando la historia del derecho criminal segun el órden cronológico y por grandes masas, en Oriente, en Grecia, en Roma, en los pueblos bárbaros y en los tiempos modernos hasta 1789, época altamente memorable, hasta nuestros dias, es incontestable, que á parte del período bárbaro, hay progreso de cada una de esas grandes divisiones de la historia á la siguiente, y áun el mismo período bárbaro es tambien un progreso considerando la humanidad toda y en su marcha: este fué el brillo de la llama un instante oscurecido por el combustible que se arrojó á la hoguera para alimentarla.

Pero no considerando todo el Oriente, sino una parte de él, un pueblo particular de esta inmensa region, podrá muy bien suceder que su legislacion penal parezca preferible á la legislacion de tal ó cual pueblo griego; es más, ciertas disposiciones legislativas de Manú, Zoroastro, Moisés y Amenophis, por ejemplo, exceden ó igualan al ménos en sabiduría á las concepciones análogas de nuestros legisladores modernos. Los mismos salvajes tienen á veces costumbres penales que pueden servir de enseñanza á los pueblos más civilizados.

Las comparaciones generales y por masas, además de que son esencialmente vagas y sólo se refieren á abstracciones sin realidad verdadera, sufren en sus resultados excepciones más ó ménos numerosas; y cuando se piensa que estas excepciones pueden versar sobre puntos muy esenciales, comprédese todo el peligro que resultaría de estas comparaciones que sirven más para confundir que para aclarar los hechos.

Por lo demás, es necesario para comprender bien la legislacion de un pueblo, conocer perfectamente la naturaleza de este mismo pueblo, las circunstancias sociales, políticas, religiosas, morales, intelectuales, económicas y físicas en que ha vivido. Compréndese entónces que lo que en esta legislacion sólo tendría una razon de ser sacada de la naturaleza humana en general, se explica por los accidentes que

la modifican. Pero explicar, no siempre es justificar: siempre que la naturaleza humana en su esencia, en sus destinos, es lastimada ó contrariada por una legislacion, esta legislacion es viciosa, cualesquiera que puedan ser las circunstancias en que se funde. Sólo la necesidad, y una necesidad verdadera, absoluta, podría hacer absolver á un legislador que concede más importancia á lo accesorio que á lo principal; empero tal necesidad se hace sentir muy rara vez en la historia y más rara vez aún en la práctica. Hay por otra parte necesidades que sólo existen á consecuencia de una situacion que se ha hecho falsa por el hecho reprensible del que las produce, y á éste son exclusivamente imputables como consecuencia de sus actos punibles.

Suponiendo que se conozca todo lo que es necesario conocer para comprender la legislacion de los diferentes pueblos, resta todavía saber cómo convendrá proceder en este estudio comparado.

Seis métodos se ofrecen en primer término. El método *cronológico* solo, el método exclusivamente *etnográfico*, el método *lógico puro*, el método *etnográfico* unido al *cronológico*, y despues el método *lógico* unido al *cronológico* ó al *etnográfico* separadamente, ó á los dos juntos.

El método puramente *cronológico* consistiría en revisar año por año, como en un cuadro sincrónico, todas las leyes penales que habrían tomado orígen en cada punto del globo, sin referirlas á ninguna otra causa que á una simple fecha, sin clasificarlas ni apreciar su valor absoluto ó relativo. Tal cuadro ofrecería los mayores absurdos: lo arbitrario y lo fantástico aparecerían al lado de lo justo y razonable, y con frecuencia estos absurdos resultarían en la misma ley: más de una vez se encontrarían la razon y la justicia como tambien la injusticia y la sin razon donde ménos se esperaran, y sobre todo no faltarían semejanzas y analogías que se explicarían por la identidad de la naturaleza humana, por la semejanza ó por la analogía de las situaciones, como las diversidades por las diferencias de posiciones y de influencias. ¿Pero qué se podría concluir de aquí para una sana teoría? Nada, absolutamente nada.

El método etnográfico limitándose á un pueblo, á una nacion, pero tomando su legislacion sin distinguir épocas, es decir, sin considerar el órden cronológico de los hechos, conduciría á otro género de confusion: hallaríanse los mis-

mos actos penados ó impunes, y penados ya de una manera ó ya de otra, sin que se pudiera saber la época de cada una de estas diferencias penales.

Tampoco se podría sacar luz alguna de este cáos.

El método lógico, que consistiría á nuestro entender en reproducir para cada delito las penalidades que se han impuesto en los diferentes pueblos, pero sin distincion de tiempo ni de lugares, presentaría un cuadro muy extraño, pero en el cual la razon jurídica podría más fácilmente orientarse y elegir.

Estos tres métodos simples son tan exclusivos que apénas merecen el nombre de tales, y sería difícil, casi imposible, encontrarlos en toda su pureza sistemática.

Los métodos realmente prácticos, son, pues, mixtos. Para seguir el órden de nuestra division, pondremos primero el método que, refiriéndose á la legislacion de un pueblo, la presenta segun el órden de los tiempos, y busca en las circunstancias en que este pueblo se ha hallado ó en las inspiraciones de una razon pública ó privada, más ó ménos esclarecida por las luces de la civilizacion, el motivo de las variaciones sucesivas. Si este estudio se realiza ademas bajo la direccion de una alta razon filosófica, conducirá sin esfuerzo á una crítica que pondrá cada cosa en su lugar; tomando por criterio lo que debe ser, sin olvidar, no obstante, que lo mejor no es siempre posible, y teniendo en cuenta el tiempo y las condiciones, el crítico sabrá decir en cada punto cuándo el legislador estuvo bien ó mal inspirado, cuándo fueron progresivos los cambios que realizó, cuándo retrógrados ó cuándo insignificantes.

Si se extiende á todas las legislaciones de los diferentes pueblos este estudio, se podrá llegar á resultados de un gran interés; pero que no son todavía de una aplicacion fácil, diseminadas como se hallan bajo los diversos nombres de las nacionalidades á las cuales pertenecen las legislaciones así examinadas, y diseminadas como se hallan tambien bajo cada uno de esos títulos generales, segun el órden de los tiempos y segun el órden que los diversos legisladores de un mismo país han creido deber seguir en la confeccion ó en la reforma de las leyes.

Sería sumamente útil unir el método lógico al método etnográfico, es decir, formar para la historia de la legislacion un órden sistemático que fuera el mismo para todos

los pueblos; pero cada una de estas diversas legislaciones sólo sería comparada entónces al ideal que debe servir, por decirlo así, para fundarlas todas en el punto de vista absoluto. Este es el método etnográfico y el método lógico reunidos.

La mejor marcha que debe seguirse para comprender bien los progresos del derecho criminal, consiste, en nuestra opinion, en formar un cuadro único de las cuestiones que hay que examinar; en buscar la solucion de cada una de ellas en las aspiraciones de la razon; en aplicar á esta solucion, á fin de confirmarla ó de rectificarla, la luz de la experiencia, como tambien para juzgar la experiencia á la luz de la razon intuitiva; en reunir bajo cada una de estas cuestiones, no ya solamente las soluciones diversas que ha recibido de un mismo pueblo en las diferentes fases de la legislacion, sino las que sucesiva ó simultáneamente han dado todos los pueblos; en comparar, si necesario fuera, todas estas soluciones así agrupadas, y en poner cada una de ellas en su lugar en el grado del progreso de la civilizacion, y para decidir, en fin, lo que mejor convendría hacer en adelante, haya ó no sido ya practicado.

Tal es, al ménos, la marcha que nosotros hemos seguido, la cual nos ha parecido la única propia para poner en claro los progresos de la humanidad por los progresos del derecho criminal; para ilustrar al legislador en el estudio de los trabajos de los legisladores pasados, y para hacer ver los méritos y las faltas de todas las legislaciones existentes ó que han existido á favor de los principios absolutos que dominan en la materia. Sin estos principios, que no solamente deben servir para juzgar el pasado, sino tambien para modificar útilmente el presente en interés del porvenir, la historia más completa, las clasificaciones más exactas sólo pueden establecer dos cosas; el número y la diversidad de las disposiciones legislativas, sus semejanzas ó sus analogías y sus diferencias; pero es absolutamente imposible por este solo procedimiento histórico y lógico poder juzgar del mérito absoluto ó relativo de las legislaciones y clasificarlas bajo este doble punto de vista. Es imposible, por lo mismo, pretender que el porvenir se aproveche de la experiencia del pasado ó de las felices concepciones del presente: no hay ninguna razon decisiva para escoger entre una disposicion ú otra cualquiera, puesto que no se posee ni

medida invariable que pueda servir para juzgarlas comparativamente, ni ideal al que podamos referirlas, ni idea práctica sugerida por este ideal que pueda ponerse á prueba de la experiencia.

El método complejo por nosotros seguido, tiene esta otra ventaja notable: la de poner en evidencia la lentitud, la incertidumbre y las deficiencias mismas del progreso de la humanidad en el camino de la civilizacion; pero tambien la de probar que, en efecto, ninguna nacion se halla desheredada completamente bajo este punto de vista.

Entre los pueblos salvajes, encontramos ya al lado de una dureza extremada sentimientos de humanidad; al lado de la más profunda supersticion y de la maldad de los que la explotan, las inspiraciones de la sana razon y de la buena fé. El gérmen de la civilizacion se encuentra extendido por todas partes hasta en las últimas clases de la humanidad: con mayor razon, pues, se encontrará en las clases intermedias de la barbárie. Por el contrario, y como si el hombre no pudiera despojarse enteramente de su grosería nativa, rasgos de salvajismo deshonran todavía los códigos criminales de los pueblos más civilizados, lo que prueba, no que la civilizacion se halle condenada á estas imperfecciones, sino que está todavía en sus comienzos y que le están reservados destinos mucho mejores.

¿Qué es, en efecto, esa civilizacion de que tanto nos vanagloriamos sino una mezcla de grosería salvaje, de barbárie y de cultura? ¿No tenemos en nuestra clase, en nuestra sociedad francesa, por ejemplo, capas sociales de todas naturalezas, desde el hombre más bruto, más ignorante y más malvado, hasta el hombre más delicado, más instruido y más humano? Nuestras más populosas y cultas ciudades ¿no encierran, por ventura, esos dos extremos que forman los más lastimosos y salientes contrastes? ¿A qué conduce, pues, hacer aquí un cuadro de cosas que entristece bajo todos conceptos y que nadie seguramente puede negar? Y puesto que es así, ¿por qué admirarnos de que nuestros códigos, obra de una cierta opinion pública media que están destinados á satisfacer, presenten tantas imperfecciones? ¿Cuánto más imperfectos no serían si hubieran salido del sufragio apasionado de la plaza pública?

Si los gérmenes de la civilizacion y los restos del salvajismo y de la barbárie se encuentran por todas partes en

diversos grados, es necesario no sorprenderse por hallar en la historia de los pueblos y de sus instituciones tantas incertidumbres y vacilaciones en su marcha: se creerá sin duda en presencia de ciertas ideas que los iluminan, que se hallan á cubierto de errores poco compatibles con pensamientos ya tan elevados, y, sin embargo, la caida ó la inconsecuencia hállase demostrada por el hecho.

Otras veces se ve á un pueblo brillar en una época de su historia, siendo como un meteóro cuya luz parece inherente á su sustancia y que no debe extinguirse sino con él; pero seguid su historia y vereis á ese meteóro palidecer, oscurecerse y en el mismo siglo quizá ofrecer manchas que van creciendo y amenazan cubrir toda la superficie: un principio secreto de tinieblas que estaba oculto en las entrañas de ese cuerpo se ha desarrollado en él y le ha vuelto á la oscuridad. Ni en los pueblos ni en los indivíduos se da una marcha regular, firme y constante del mal al bien, y de lo bueno á lo mejor: las naciones como los particulares están llenas de imperfecciones: los hombres considerados en grande ó en pequeño parecen, siempre ébrios: sólo adelantan en medio de vacilaciones, y deben considerarse dichosos si no se ven obligados á abandonar el camino que debe conducirlos al fin.

Otro fenómeno moral se ofrece al historiador de las instituciones, y es que la cadena del progreso aparece descompuesta: los anillos que deben formarla aparecen diseminados en el tiempo y en el espacio; es necesario recogerlos de aquí y de allá, enumerarlos, reunirlos por órden y hacer de ellos un conjunto artificial. La naturaleza parece haber rechazado hasta ahora esta reunion de los elementos de un mismo todo ó ha sido impotente para ello. Ha formado, sin embargo, en puntos diversos y en ciertas épocas fragmentos más ó ménos considerables de esta cadena, lo que indica suficientemente su espíritu y sus intenciones; pero en ella se encuentran soluciones de continuidad frecuentes y lagunas considerables. Para reunir estos fragmentos, para llenar estos vacíos, es necesario buscarlos á lo léjos en el presente ó en el pasado. Sucede con la antorcha de la civilizacion como con la de la fé; si se extingue en un punto, se enciende en otro: brilla aquí con gran esplendor, aparece allá como una luz naciente: *movebo candelabrum*. En ninguna parte ha dado, sin embargo, toda la luz que está llamada á

dar, pues que tantos hombres, tantas naciones se hallan todavía sepultadas en tinieblas más ó ménos profundas.

El progreso de la civilizacion por el progreso del derecho criminal no podría obtenerse comenzando por un pueblo, siguiéndole en su historia, continuando con otro pueblo para seguirle de igual manera en sus destinos históricos y así sucesivamente. No, la naturaleza no procede de esta manera; su marcha es mucho más complicada y llena de rodeos; es más, obra simultáneamente sobre muchos puntos y de una manera muy diversa; se entretiene en el tiempo y en el espacio, jugando con el uno y con el otro, y aun parece burlarse de la misma lógica, ya rehusando deducir las consecuencias de los principios, ya estableciendo consecuencias sin pasar por los principios mismos; ya fijando aquí los principios y allá las consecuencias, ya retirando las concesiones que ha hecho, ya concediendo lo que no se ha pensado en exigirla, ya, en fin, iluminando los espíritus con una claridad súbita ó sumiéndolos en profundas tinieblas, salvo el hacerlos pasar y repasar con el tiempo de uno á otro de estos estados contrarios; pero variándolos siempre como hace con todas sus obras.

Procuraremos que nuestra obra siga y refleje, por decirlo así, la marcha de la naturaleza. Sírvanos esto de excusa para aquellos que traten de reprocharnos una estéril abundancia; y áun cuando las reseñas históricas que hemos recogido y consignado en esta sucesion de ideas no probase otra cosa, serviría, sin embargo, para hacer conocer esta inmensa variedad en la naturaleza, de sentir, de pensar y de obrar de la nuestra propia; estas marchas y contra-marchas del espíritu humano, esos delirios insensatos y crueles ocupando el lugar de la razon y de la sensibilidad, y aun algunas veces la sensibilidad y la razon al lado de defectos contrarios, y frecuentemente, necesario es decirlo en honor de la humanidad, de sus nobles esfuerzos y la distribucion providencial que la conduce, la justicia y el sentimiento, en lugar de la venganza y de la crueldad.

Para apreciar los progresos de la civilizacion por los del derecho criminal, es necesario algo más que el conjunto de hechos; es necesario poseer una idea exacta de lo que es el mal, de lo que es el bien y de lo que es lo mejor en las costumbres y en las leyes criminales, y en una palabra, el progreso de la legislacion penal en sí.

Es necesario tener principios seguros con ayuda de los cuales se pueda juzgar una legislacion penal con sus variaciones en un mismo pueblo, la superioridad ó inferioridad de un código penal comparado con otro código de la misma naturaleza. Tal conjunto de principios no es otra cosa que un ideal, es lo que debe ser en absoluto, la perfeccion.

Hay una perfeccion absoluta y otra relativa.

La perfeccion absoluta en las instituciones es la más apropiada á la naturaleza humana, considerada abstractamente: la perfeccion relativa es la más apropiada á la naturaleza humana, considerada en las circunstancias especiales en que se encuentra, y la más propia para hacerla susceptible de instituciones mejores, de instituciones perfectas. Así es que á los ojos de sus autores, la legislacion de los Hebreos por Moisés, y la de los Atenienses por Solon, sólo tienen una bondad relativa; era la mejor que por entónces podían tener aquellos pueblos.

La perfeccion relativa de las legislaciones se funda en dos razones; estas instituciones hállanse en relacion con el grado de cultura y civilizacion del pueblo á que se dirigen; tienden á hacerle capaz de recíbir útilmente leyes ménos imperfectas. En una palabra : una legislacion es relativamente buena cuando toma un pueblo en el estado moral en que se encuentra para encaminarle tranquilamente á otro estado moral superior. Toda legislacion debe ser un gran medio de educacion para un pueblo : el legislador es un maestro, un gobernante y un preceptor á la vez.

Debiendo tender á la perfeccion absoluta toda perfeccion relativa, se sigue de aquí que el legislador debe tener el ideal de lo mejor absoluto. Lo mismo sucede con el crítico que se propone juzgar lo relativo por lo absoluto, lo real por lo ideal.

El progreso no es, en efecto, más que la marcha constante de lo relativamente bueno á lo absolutamente bueno. Para juzgar si un movimiento cualquiera es progresivo, es necesario conocer el fin á que debe aspirar; todo movimiento no es necesariamente progresivo, todo cambio no es necesariamente una mejora.

Si nos engañamos sobre el ideal, si se toma el error por la verdad, lo ménos bueno por lo mejor, lo relativo por lo absoluto, el hecho por el derecho, se juzgará mal, se decretará mal.

Es, pues, de la mayor importancia formarse una idea muy justa de lo que debe ser, de lo que puede ser realizado, aunque sea imposible al presente.

Para saber lo que debe ser, lo que la razon en su pureza y en su sinceridad exige de nosotros, sólo hay un medio, el de interrogarla metódicamente.

La razon interrogada directamente fuera de la historia, da respuestas que parecen oráculos: tales son las teorías de los filósofos. Interrogada en la historia, sus respuestas son los hechos. En el primer caso, pretende decir lo que debe ser; en el segundo, dice lo que ha sido: el primer método es *á priori*; el segundo *á posteriori*.

Las respuestas de la primera especie no se hallan de acuerdo siempre consigo mismas. Cada filósofo concibe el ideal á su manera: el de Platon no es siempre el de Aristóteles.

Por otra parte, las respuestas de la segunda especie, ademas de que difieren más que las teorías de los filósofos, tienen la contra de no ser más que hechos, y un hecho, como tal, vale tanto como otro; con sólo este título, el uno no es más ni ménos legítimo que el otro. En otros términos, no hay en ellos nada de legítimo ni ilegítimo, nada mejor ni peor. Para clasificar las legislaciones, para juzgarlas y estimar la una superior á la otra, es necesario compararlas á una tercera cosa que no sea un hecho, una legislacion positiva, sino una idea natural, un derecho, una exigencia de la razon, y esta razon, apesar de su carácter impersonal, no es jamás sino la de tal ó cual indivíduo. Es cierto que si los indivíduos no confundiesen lo que es realmente impersonal ó absoluto en las prescripciones de la razon, con lo que es personal y relativo, lo absoluto para uno, lo sería inevitablemente para otro; lo que pareciese absoluto, lo sería realmente. Por desgracia, nosotros no poseemos esta infalibilidad, y nos hallamos expuestos á errores en estas investigaciones como en muchas otras. ¿Quién se atreveria á decir, sin embargo, que toda investigacion de esta naturaleza es más perjudicial que útil, que hay más probabilidades de error que de verdad? ¿No sería esto admitir el excepticismo como un principio?

Nos creemos dispensados de tratar esta cuestion, la de la certeza, que domina todas las otras, y que se hallare-suelta claramente por el sentido comun al principio de to-

das las ciencias. Reconociendo que el error es posible, admitimos que la verdad lo es tambien, que tiene aún más probabilidades que el error y que se puede racionalmente investigarla.

Es de notar, sin embargo, que el ideal en todo caso ha sido en general tanto más elevado, tanto más depurado para cada inteligencia que ha ensayado contemplarle en las diferentes edades del mundo, cuanto más adelantado ha estado ya el hecho. Se dirá que la razon especulativa ó teórica no puede adelantar sino muy poco en los hechos ó en sus aplicaciones. La práctica tiene, por otra parte, su prudencia propia que le es inspirada, exigida por los hechos, aun por los hechos generales que son una consecuencia de la naturaleza humana. Es, por lo tanto, muy prudente cuando el hombre quiere elevarse por encima de los hechos al derecho en sí, adquirir primero el conocimiento de los hechos sin perjuicio de juzgarlos luego. De otra manera el ideal que se creería haber alcanzado, podría no ser sino una quimera ó haber sido adelantado ya por la realidad. De esta manera la experiencia puede ser útil á la razon é inspirarla con ventaja.

¿Ó es por ventura útil volver á las especulaciones filosóficas, á la investigacion de los principios en cada rama de los conocimientos humanos, en las diferentes épocas de la civilizacion, es decir, despues de cada movimiento marcado en las ciencias?

Es incontestable que desde hace más de un siglo la reforma de las leyes penales preocupa á todos los pueblos civilizados. No es ménos cierto que la manera como se entiende en nuestros dias la pena impuesta á los criminales no es exactamente la misma que la idea que se formaba generalmente de ella en el si glo XVIII. El tiempo ha venido á hacer nuevas investigaciones sobre la materia.

Otro recurso que debemos no despreciar en la investigacion del ideal son las especulaciones del mismo género que han sido hechas en las diferentes épocas de la historia de la filosofía.

Pero lo que particularmente debe servir de base á nuesro trabajo, es la naturaleza humana bien estudiada, es decir, un conocimiento profundo de los destinos del hombre, de sus aptitudes diversas y de las leyes que rigen su desenvolvimiento. Este conocimiento es el fruto de la obser-

vacion de sí mismo y de los otros hombres, tales como se nos ofrecen en el mundo y en la historia.

Lo demás es un trabajo personal, una intuicion racional más ó ménos justa, más ó ménos profunda y para la cual no podemos dar reglas.

Este estudio sobre las legislaciones criminales pasadas y presentes, esta revista de las especulaciones filosóficas en esta materia, son como los andamios, que sirven para construir más seguramente nuestro ideal, es decir, para determinar con más verdad los principios con ayuda de los cuales debemos juzgar estas legislaciones como signos, como efectos y como causas de los principios de la civilizacion.

Este es un trabajo solitario, personal y preparatorio, que ha debido preceder á todo lo restante, pero cuyos resultados deben revelarse en la exactitud, la extension y la profundidad de las teorías que habrán servido para edificarle.

En cuanto á la ejecucion del trabajo ostensible, puede ser concebido de tres maneras, segun que se considere la marcha de la civilizacion, como cumpliéndose:

En el seno mismo de esas nacionalidades diversas, hecha abstraccion del movimiento general que puede operarse en su conjunto;

Ó en la humanidad en general, hecha abstraccion de las circunstancias de nacianalidad;

Ó en las legislaciones mismas, sin preocuparse de las naciones, de los tiempos y de los lugares, sino para señalar á cada una de ellas el puesto que la corresponda en la escala del perfeccionamiento, graduado primero bajo el dictado mismo de una razon inspirada en la justicia absoluta, y esclarecida con las continuadas meditaciones sobre la legislacion comparada de los diversos pueblos.

Se trata de saber cuál de estas tres marchas posibles es la que puede conducir más segura y directamente al fin.

Siguiendo el primer método, tropezaremos con dificultades casi insuperables, de las que sólo señalaré las principales. Sería necesario hacer la historia de las instituciones judiciales de cada pueblo en particular, compararlas unas con otras en las diferentes épocas de la duracion de estos pueblos, darse cuenta de los cambios que han experimentado y de las causas de estos mismos cambios. Sería necesario comparar estas instituciones en todas sus fases y en to-

dos sus elementos con el ideal que se hubiere trazado préviamente para servir de comun medida á todas las legislaciones criminales, á fin de poder apreciar su valor absoluto y su valor relativo. Tarea dificilísima, que no sería, sin embargo, la menor: hay, en efecto, otra que haría el problema mucho más complicado: un pueblo, es decir, un conjunto de hombres que viven en un mismo territorio, y más frecuentemente aún bajo las mismas leyes, puede, conservando el mismo nombre, cambiar por completo por la conquista, por la emigracion, por la inmigracion, por efecto de las revoluciones políticas, sociales y religiosas, por la influencia literaria, comercial ú otra cualquiera que ejerzan sobre él las naciones extranjeras. ¿Se cree, por ejemplo, que las leyes criminales hayan sido siempre las mismas en Egipto desde Moisés hasta Mehemet-Alí? Y, sin embargo, siempre es el mismo Egipto; siempre son los Egipcios los que habitan aquél territorio; pero estos Egipcios son sucesivamente autoctonos, es decir, no se sabe qué; Etiopes quizá, Arabes, Persas, Criegos, Romanos, Torcomanos, Mongales, Otomanos y aún Franceses; pero sobre todo Turcos. ¡Qué de influencias diversas, qué de modificaciones más ó ménos profundas llevadas sucesivamente á las instituciones! Imposible sería no solamente señalar la parte de influencia que cada una de estas nacionalidades ha tenido, sino aún notar empiricamente los principales cambios sufridos y señalarles un lugar preciso en el órden de los tiempos.

Para emprender esta obra, es necesario ignorar sus grandes dificultades ó tomar el partido de pasar por ellas sin intentar siquiera desflorarlas; lo cual equivale á tomar el partido de no hacer lo que se aparenta querer.

El segundo método, en apariencia más fácil que el primero, es quizá en realidad más difícil aún, ó al ménos se halla más expuesto al error.

Si ya las nacionalidades diversas son únicamente nominales; si bajo sus manifestaciones idénticas se ocultan una movilidad y una diversidad prodigiosas, casi impalpables, ¿cuánto más variada, más móvil todavía, no es la humanidad, y, sin embargo, nos une en su movilidad y en su diversidad misma? Sí, sobre un fondo comun, permanente, se desarrolla una forma de una diversidad extrema, y cuya sola analogía permite referir y clasificar las manifestaciones infinitamente variadas. Expliquémosnos.

La humanidad no es más que una abstraccion, y esta abstraccion sólo comprende el elemento esencial y característico de la especie humana. Sobre este fondo inmutable se destaca la vida y se desarrolla el movimiento del pensamiento y de la civilizacion; pero él por sí no constituye ni el movimiento ni la vida.

La humanidad,—fondo y forma,—considerada en conjunto, marcha y no marcha; marcha por su forma, es inmutable por su fondo. Es inmóvil y movible tambien, considerando que si algunos de sus miembros, individuales ó colectivos, personas ó naciones, se desarrollan y alcanzan en la escala del perfeccionamiento, otros pueblos, otros hombres permanecen inmóviles ó descienden del lugar que ántes ocuparon.

Así es que en los actuales momentos el salvajismo, la barbarie y la civilizacion existen allá y acullá en la humanidad, y sin embargo, ésta no es en nuestra época ni salvaje, ni barbara, ni civilizada exclusivamente, sino á la vez civilizada, barbara y salvaje. Ha progresado al propio tiempo que ha quedado inmóvil; ha caminado, ya lenta, ya rápidamente; ha ido léjos ó se ha remontado, al mismo tiempo que apénas se ha movido de su sitio, que apénas ha abandonado el suelo en donde apareció débil y desnuda, mitad hombre, mitad bruto; pero destinada á hacerse enteramente hombre.

No hablemos de los progresos de la humanidad; pero hablemos si se quiere de los progresos de una nacion, de la civilizacion de un pueblo, de la barbarie de otro, del estado salvaje de un tercero; entónces nos hallaremos más cerca de la verdad; pero entónces tambien caeremos en el primer método con todos sus inconvenientes. Agreguemos á los que hemos señalado ya el de presentar una nacion en el período más culminante ya del bien, ya del mal, precisamente por la razon de que una nacion, como la humanidad misma, es un tegido de diversidades. Creemos que un pueblo es civilizado, porque no vemos en sus instituciones sino lo que le eleva y le honra á los ojos de otras naciones; pero tengamos en cuenta que al lado de estas instituciones que constituyen su gloria, hay otras poco dignas de las primeras y que deshonrarían hasta á los salvajes. ¿Por qué esta preferencia? ¿por qué esta parcialidad? ¿Juzgais segun el conjunto? ¿Es esta una cuestion más de un lado y ménos de otro? Sea

enhorabuena: diremos entónces que en una misma nacion hay, no solamente multitud de grados de civilizacion, sino que en el mismo grado hay una multitud indefinida de matices; diremos que la civilizacion de un pueblo, hasta aquí al ménos, es sólo parcial; que puede expresarse aproximadamente por una fraccion cuyos términos son difíciles de determinar, pero que deben al ménos equivaler á la mitad. Entónces este pueblo lo mismo merece el epiteto de bárbaro que el de civilizado; y segun que la fraccion en uno ú otro sentido sea mayor ó menor, merecerá más bien el primero ó el segundo de estos calificativos.

Adviértase que aquí no hay un simple juego de palabras, sino por el contrario, precision en las ideas. Dejando aparte lo que podía haber en este punto de excesivo y aún de abusivo en la tentativa de apreciar matemáticamente las ideas que no admiten una precision rigurosa, siempre es cierto que no hay civilizacion, ni barbarie, ni salvajismo puros; que estos términos no tienen nada de absolutos fuera de la letra, puesto que expresan una cosa susceptible de grados indefinidamente numerosos; que las relaciones de la civilizacion á la barbarie y al salvajismo, como de la barbarie y el salvajismo á la civilizacion, pueden variar indefinidamente, ya en más, ya en ménos, según que un pueblo dado se eleva ó se rebaja. Ademas puede elevarse en un punto y rebajarse al mismo tiempo en otro: ¡cuántos progresos no se han terminado en retrocesos! Pero afortunadamente estos retrocesos hacen encontrar un nuevo punto de apoyo para encaminarse de nuevo hácia un mejor estado de cosas.

Resulta de todo lo que acabamos de decir sobre el segundo procedimiento posible para la solucion del problema, que este procedimiento está lleno de ilusiones, y que estas ilusiones conducen por todas partes á resultados parciales, contradictorios y erróneos.

Resta el tercer método, exento de las dificultades insuperables del primero y de los errores incalculables del segundo.

Establecemos principios, y consultamos la historia, á la que hallamos ó en oposicion ó en armonía más ó ménos grande con estos principios, lo que nos permite decir que tal legislador ó tal pueblo, es superior á tal otro legislador ó á tal otro pueblo, y que el espíritu humano, que comprende todas las inteligencias humanas, como la humanidad

comprende todos los indivíduos y todos los pueblos, han caminado pasando de una idea á otra. No consíderamos aquí ya á la humanidad en su conjunto, como nos hallábamos obligados en el segundo método, ni la consideramos en las grandes masas llamadas naciones, como sucede en el primero; no: la humanidad sólo es aquí el espíritu humano, en tanto que se manifiesta á la vez móvil y progresivo.

Poco importa que el primero se realice en el Oriente ó en el Mediodía, y el segundo en el Occidente ó en el Septentrion; poco importa asimismo que el segundo haya sido formado ántes ó despues que el primero; hay felices inspiraciones que dispensan estas iniciaciones largas y laboriosas ó que abrevian la duracion al mismo tiempo que templan las fatigas. Hay pueblos y hombres que parecen privilegiados entre todos los otros pueblos y hombres, y que instrumentos providenciales del trabajo, del perfeccionamiento infinito de la humanidad, son como el capitel del género humano. Ora avanzan á paso lento, ora con tanta rapidez que parecen proceder á saltos gigantescos. Cuando el uno se detiene y cae, el otro no deja de continuar su marcha hasta que es á su vez alcanzado y adelantado quizá por el otro á quien había servido de guía.

Gracias á la unidad continúa formada por la especie humana en la duracion de los siglos y en la tradicion de las ideas, ninguna de las instituciones esenciales, ninguno dè los grandes progresos de un pueblo es perdido para el género humano: perecerá un pueblo, y otro ocupará su puesto y continuará su obra y su mision, de la misma manera que en un combate la primera fila prepara la victoria á la segunda y la consigue ántes de que se haya decidido. Los muertos que han sucumbido ántes que la fortuna haya decidido sobre la suerte de las armas, esos muertos que han desaparecido de la escena llenos de desesperacion ó de inquietud quizá, esos muertos son tambien vencedores.

La civilizacion es una conquista, la primera de todas, y la lucha contra la ignorancia, la barbarie y la injusticia un combate eterno que todos los hombres y todos los pueblos están llamados á librar. Sobre este infinito campo de batalla se ven tambien soldados sin valor al lado de corazones magnánimos.

Nos ha bastado, pues, para demostrar la victoria alcanzada por la civilizacion en el terreno en que nos hemos co-

locado, señalar en cada punto preciso los esfuerzos sucesivos y cada vez más afortunados de que han sido teatro. Para hablar sin figuras,—lenguaje más conforme con nuestros gustos y con nuestros severos hábitos de estudio—hemos señalado en cada cuestion las disposiciones legislativas que nos han parecido ofrecer algun interés. Lo hemos hecho casi siempre siguiendo el órden de los tiempos, y este órden se ha encontrado con frecuencia tambien con el de las ideas; es decir, ese órden lógico, segun el cual la razon humana, despues de haber pasado ó sin haber pasado por lo peor, se eleva al bien, de lo bueno á lo mejor y siempre de esta suerte. Este órden, á la vez cronológico y lógico, ha llevado en pos de sí otro; el órden de los lugares: casi siempre el Occidente corrige ó perfecciona al Oriente, y si se puede decir *ex Oriente lux*, no es seguramente sino en un sentido relativo, en el del comienzo: allí es donde aparece el sol; pero no donde tiene para nosotros su mayor brillo.

Siguiendo este tercer método, todo se esclarece, se simplifica y se armoniza.

Habríamos podido extendernos mucho más sobre la mayor parte de los puntos, ya reproduciendo en sus detalles las legislaciones cuyas disposiciones esenciales hemos dado, ya refiriéndonos á otras legislaciones de que hemos prescindido, tanto porque nos han parecido poco interesantes, cuanto porque son ó pueden ser fácilmente conocidas de todo el mundo. Por esta razon hemos citado raras veces las últimas legislaciones europeas y la francesa ménos que todas. Habríamos podido sin dificultad reproducir en nuestro trabajo las investigaciones de los eruditos, pero nada de ello hemos hecho: hemos creido deber limitarnos sólo á aquellos que tenían un sentido propio para nuestro objeto (1).

Nuestro plan no nos parece ménos natural que el método que hemos seguido para ejecutarlo. Nos ha parecido conveniente ante todo, hablar de las penas y los delitos ántes

---

(1) Conviene hacer presente que si la indicacion de los autores no está alguna vez exactamente precisada, por ejemplo, al citar á Grimm, no es porque hayamos tomado en otra parte que en el mismo autor nuestros apuntes; pero un gran número de nuestros extractos fueron hechos en época bien lejana y cuando no pensábamos el destino que hoy habíamos de darles. Las notas las tomamos para nuestro uso particular, y era inútil señalar con toda exactitud su orígen. Ahora nos ha faltado tiempo y valor para repasar de nuevo tantos volúmenes.

de tratar del procedimiento criminal; hacer marchar el código subjetivo ántes del código objetivo, como dice Bentham. Resuelta esta cuestion, las otras se resolverán por sí mismas. ¿Qué más sencillo, en efecto, que decidir si es necesario estudiar la cuestion de los delitos ántes que la de las penas; los caractéres de los unos y de las otras en general, ántes que las especies que en ellas se determinan? En consecuencia, hemos empezado por los delitos y las penas en general, y continuado por las diferentes especies de unos y de otras.

Despues de haber cumplido esta tarea, hemos abordado la de la persecucion de los delitos siguiendo siempre el mismo método. Como este doble trabajo era demasiado largo y lleno de detalles de desigual importancia, nos ha parecido muy útil resumir sintéticamente los principales puntos y coronar este resúmen por una conclusion que limite la obra á su más simple expresion posible, y que es como la cúspide de esta pirámide intelectual.

Digamos, sin embargo, algunas palabras sobre puntos de menor importancia.

¿Es nececesario despues de lo que acabamos de decir sobre la mezcla, aunque en proporciones diversas segun los lugares y los tiempos, del salvagismo, de la barbarie y de la civilizacion, manifestar por qué hemos hablado de ciertas costumbres bárbaras ó salvajes referidas por antiguos historiadores, como si existiesen todavía en nuestros tiempos? ¿Independientemente de la lentitud inherente á la marcha de la civilizacion, y que es tanto más grande cuanto el movimiento se halla más cerca de su punto de partida, no es razonable pensar que si pueblos salvajes ó pueblos bárbaros han hecho algunos progresos desde el tiempo en que los historiadores los han visitado y han descrito su estado social, no se encuentran hoy más adelantados otros pueblos y otras tríbus, y que no habría más que cambiar los nombres, sin cambiar casi nada de los hechos, para tener en todas las épocas un mismo estado moral de cosas en las últimas capas de la civilizacion humana? ¿Por qué no había de ser permitido considerar como actuales las costumbres que pueden haber cambiado muy poco ó que tienen grandes analogías con otras que nos son desconocidas?

Aun cuando haya tenido lugar una revolucion desde que

redactamos esta obra hasta su publicacion, no hemos creido necesario cambiar nada en ella; nos ha parecido que lo que era verdadero ántes de 1848, lo es tambien en 1876; una teoría cuyos principios están deducidos de la razon, de sus ideas universales y eternas, depende poco de los hechos, y los que ella trata de juzgar, antiguos ó modernos, no son tales que puedan modificar una teoría derivada de tan alto. No somos de aquellos cuyos principios varían con las circunstancias; lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, tienen para nosotros algo de absoluto que no puede destruir una revolucion. Solamente puede y debe variar la aplicacion de los mismos principios á hechos diversos ó diversamente considerados; bajo este doble punto de vista debe ser considerado el espíritu de nuestra obra.

Otras revoluciones y otros acontecimientos políticos se han realizado desde que escribímos estas últimas líneas, y tampoco han cambiado en nada nuestra manera de ver el derecho criminal. Pero nuevos estudios, una meditacion más profunda de ciertas cuestiones, nos han permitido dar á nuestra obra más extension, solidez y correccion.

Si podíamos decir en 1860 que habíamos puesto ámpliamente en práctica el *nonum prematur in annum* de Horacio, con mayor razon nos es permitido afirmarlo hoy. Hemos hecho más, puesto que nos hemos permitido consultar nuestro trabajo á una de las primeras corporaciones científicas del país, la cual, aunque examinando nuestro trabajo desde otro punto de vista que el propuesto por nosotros, ha acordado concedernos una recompensa y ha reconocido en él «un estilo firme, una ciencia profunda, una inteligencia ejercitada en la meditacion de la filosofía del derecho, un método trazado con mano segura, un trabajo cuidadoso y hábil, un tratado notable de doctrina, en donde la teoría y la crítica caminan juntas y se prestan mútuo auxilio para dar á conocer la esencia, las reglas y las aplicaciones del derecho criminal.» Seríamos muy dichosos si este juicio, emanado de hombres cuya competencia es incontestable, fuese confirmado por el del lector.

Esperamos que baste para excusarnos el habernos atrevido á afrontar una vez más los peligros de la publicidad, y suceda lo que quiera, creemos haber hecho una obra útil. Este ha sido al ménos nuestro intento.

Habríamos querido, para hacer nuestra obra más digna

de la aten decion los criminalistas filósofos, aprovechar más extensamente los estimables trabajos que se han realizado en Europa, particularmente en Alemania, sobre esta rama del derecho en los últimos tiempos: los de Stubel, Feuerbach, Klein, Kleinschrod, Grolman, Tittman, Baner que son de un carácter especialmente filosófico; los de Wilda, Klenze, Marezoll, Abegg, Heffter, Luden, Koestlin, Berner, de carácter histórico más marcado; los de Martin, Henke, Mittermaier, Birnbaum, Hepp, Welcker, Hufnagel, Werner, etc.... en que la erudicion y el conocimiento de las legislaciones y de la jurisprudencia ocupan gran lugar. Hemos utilizado más los estimables tratados de criminalistas italianos tan distinguidos como Carmignani, Carrara, Ellero, Borsari, Carcano y Brusa; é igualmente nos hemos aprovechado de los trabajos del célebre criminalista americano Edw. Livingston y de los últimos códigos criminales publicados en Europa, especialmente los de Zürich é Italia. La falta de tiempo para aprovechar los recursos bibliográficos no nos ha permitido extendernos más en nuestras investigaciones, estudiando más á fondo los documentos que teníamos á nuestra disposicion; y aunque hubiéramos dispuesto de tiempo bastante para aprovechar todas estas obras, otras no ménos estimables habrían venido muy pronto á reclamar nuestra atencion y á obligarnos á aplazar otra ver la publicacion de nuestro libro. De esta manera no habría llegado jamás la ocasion de que habláramos por nuestra propia cuenta. Comprendo que no hubiera habido un gran mal en esto; pero mirando la cosa de más alto, discurriendo en tésis general, es necesario ó condenarse á un perpétuo silencio, ó resignarse á no conocer, ó por lo ménos á no dar cuenta de apreciables trabajos. Si se generalizara el principio de aprenderlo todo sin tratar nunca de enseñar, tendría más inconvenientes que el de hablar sin conocer y sin hacer conocer todo lo que debe saberse y enseñarse. Basta con dejar á cada indivíduo y á cada generacion su tarea: nosotros hemos procurado hasta ahora cumplir la nuestra, olvidando quizá demasiado lo que hay de personal en esta máxima del sabio Caron:

Res age quæ prosunt; rursus vitare memento.
In queis error inest, nec spes est certa laboris.

Dichosos nos consideraremos si este desinterés pudiese desarmar en algun modo la crítica, y hacernos perdonar la falta de no habernos penetrado bastante de esta otra máxima del mismo sabio:

Quod potes, id tenta; nam litus carpere remis
Tutius est multo, quam velum tendere in altum.

Dijon 16 de Noviembre de 1859 y de 1876.

LIBRO PRIMERO.

DE LOS DELITOS.

CAPITULO I.

ESENCIA DEL DELITO.—SUS CONDICIONES.

SUMARIO.

1. En qué consiste el delito en el sentido más lato de la palabra.—Denominacion y definicion provisionales.—2. Razon probable de la confusion del derecho natural y de la moral, áun de la moral religiosa.—3. La moral religiosa y la moral privada se hallan fuera del derecho natural, y con mayor razon fuera del derecho positivo.—4. El soberano no tiene la mision directa de hacer que reinen las buenas costumbres, y si quiere corregirlas por la fuerza, las corrompe.—5. Definicion más completa del delito, y condiciones que supone.—6. Todas estas condiciones distan mucho de ser respetadas por las legislaciones bárbaras.—7. Lo que en general debe prohibir ó mandar la ley.—8. Todos los derechos son igualmente sagrados como tales.

Hay delito en la más lata acepcion de la palabra, siempre que se comete una violacion voluntaria, suficientemente probada y libre, del derecho de otro.

Por lo demás, la palabra delito se toma aquí en una acepcion universal que no es la más frecuente en el lenguaje jurídico de nuestra legislacion. El delito, tal como se define en el Código penal, no es más que una especie particular de infraccion de la ley, y hay todavía otras dos clases, las contravenciones y los crímenes, entre cuyos dos extremos pueden calificarse los delitos propiamente dichos. Volveremos sobre este punto al hablar de los delitos en general: baste saber ahora, que entendemos por delito toda violacion de la ley (1).

---

(1) Segun el art. 1.º del Código penal, la palabra infraccion parece tener esta significacion genérica en el pensamiento del legislador fran-

Porque se entendía así, y no se hacía distincion en la ley moral entre el precepto de lo honesto y el de lo justo, porque se consideraba que es conveniente ó *justo* llenar todos los deberes que ella impone é injusto el no cumplirlos, se propendió desde un principio á llevar á las leyes positivas, expresion más ó ménos fiel de la ley natural, todas las prescripciones de esta última.

Debía caerse fácilmente en esta confusion, por lo mismo que no se distinguía en los antiguos tiempos al sacerdote del príncipe y al sacerdocio del imperio, y porque los príncipes y sacerdotes estaban convencidos de que lo mejor que podían hacer por el interés público, era unir tan estrechamente como fuera posible el culto, las costumbres y las leyes, es decir, llevar á la legislacion, no solamente las prescripciones que tienen por objeto la justicia, sino tambien las que sólo se refieren á la piedad y á la honestidad, llegando á ser, por lo tanto, todas estas cosas objeto de la autoridad pública, una cuestion de obligacion civil ó de justicia social; y el poder civil que tiene el derecho de hacer respetar la justicia, debía por lo mismo castigar todas las violaciones de la ley puramente moral y religiosa, al ménos todas aquellas á que pudiera alcanzar su accion.

Como él tiene ademas la mision de procurar el bien público, y no consideraba otro mayor que las buenas costumbres y la religion, que miraba como condicion de todo bien,

---

cés, pero ademas de que esta palabra no se emplea sin complemento, nuestros criminalistas, de acuerdo con los extranjeros, no han tenido inconveniente en emple r la palabra delito en el sentido genérico que nosotros le damos cuando han sentido la necesidad de una expresion de este alcance (por ejemplo, en el art. 1.° de la ley del 13 brumario, año IV; en los arts. 59, 226, 227, 307 y 308 del Código de instruccion criminal). En el mismo sentido la emplean Beccario, Bentham y su traductor, Romagnosi, Carmignani, Rossi y otros jurisconsultos, hallándose en esto conformes con el lenguaje comun que da esta acepcion genérica á la palabra delito (Dic. de la Acad.—Rauter, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 81). La palabra *delictum* de los latinos tenía una acepcion más ámplia todavía, al ménos en el lenguaje comun, como puede verse en el empleo que de ella hacen los autores clásicos, Horacio por ejemplo. En el derecho romano tenía, como entre nosotros, una acepcion general y otra especial, siendo quizá la segunda más usada que la primera. La palabra *injuria* es la que responderia mejor en la nomenclatura de las leyes romanas á la significacion más ámplia de nuestra expresion delito: *nam generaliter injuria dicitur onme quod non jure fit* (lib. I, D., *De inj.*). La palabra *maleficio* empleada por algunos criminalistas, nos parece más propia del lenguaje moral y comun más bien que al lenguaje jurídico y especial.

los legisladores se persuadieron fácilmente por esta otra razon, de que debían incluir en sus códigos los delitos religiosos y morales.

No se trataba solamente, segun ellos, de los delitos contra la religion y la moral naturales, sino tambien de los delitos contra la religion positiva y sus preceptos. En efecto, la ley natural impone un deber moral de aceptar una religion positiva cuando es revelada, y los ministros de esta religion, sobre todo cuando pasan por hallarse inspirados y al abrigo del error, tienen una grandísima autoridad moral, hallándose por encima de los príncipes. Éstos lo reconocen, aceptan por lo ménos la religion positiva como regla de su conducta, y se creen obligados á hacerla respetar y florecer.

Agreguemos ademas, que una vez lanzados en este órden de ideas, no es fácil detenerse aquí, y ha sido muy natural pensar que la sociedad se ha hecho para la religion y el hombre para la sociedad. Pero es á la inversa: la religion y la sociedad se han establecido para el hombre; y teniendo por objeto ayudarle á alcanzar su fin, no son para él sino un medio.

A los miembros de la sociedad debe dejárseles, por lo tanto, toda la libertad compatible con el bien público: libertad de seguir las inspiraciones de su conciencia en la eleccion de una religion positiva y en el culto público propio á esta religion; libertad de desligarse de toda religion positiva y de todo culto, y de rechazar hasta la religion natural; libertad, en fin, de apelar á la crítica sobre sus opiniones personales para desengañarse, si se está en el error, ó para confirmarse en sus convicciones ó en su fé, si se está en lo cierto.

De la misma manera, en lo que concierne á la moral privada, sólo á Dios y á su conciencia debe cuenta el individuo de los actos que no atacan directamente á los derechos de otro, que no causan lesion en sus bienes y que no ponen trabas al ejercicio de sus derechos, al uso y al desarrollo legítimo de sus facultades.

Sin duda que al hacer uso de esta libertad, puede uno engañarse y faltar gravemente á la moral; pero los inconvenientes del sistema represivo en este órden de cosas son tambien muy graves.

El legislador no tiene facultades para imponer su criterio y sus opiniones en materia de religion natural: como

hombre, no tiene en este punto más que las ideas ó los prejuicios del sentido comun; como *filósofo*, sólo tiene convicciones sistemáticas que puede procurar establecer científicamente, pero que sería irracional que tratara de imponer á los otros; y como *legislador*, no tiene otra mision que la de hacer reinar la libertad por el órden y el órden por la libertad, es decir, y uno y otra por la justicia. Todo pretendido buen órden que fuera contrario al ejercicio de una libertad inofensiva, sería, pues, un error y una injusticia; sería un pretexto tiránico si se empleara para contrariar una libertad individual que no se opone al legítimo desarrollo de las otras libertades de la misma naturaleza.

El príncipe tiene todavía ménos capacidad, si cabe, para imponer sus convicciones religiosas positivas: no es infalible, y no tiene en principio sino meras opiniones, prejuicios que pueden ser tan infundados como los de cualquier simple particular.

No bastaría, por otra parte, que estuviera en lo cierto y que supiera hallarse en posesion de la verdad para tener el derecho de imponer sus creencias. Este estado sería para él una felicidad, un afortunado privilegio; pero este privilegio no podría ser un derecho de imponer sus opiniones por medios violentos.

Hay ademas contradiccion en el enunciado: ser obligado, compeler físicamente á participar de las creencias, pues nada hay ménos accesible á la violencia externa que el pensamiento.

El legislador que emplea la fuerza en vez de la persuasion, que quiere hacer prosélitos con la espada, no es más que un tirano fanático que puede ultrajar y oprimir las conciencias, hacer mártires ó hipócritas, pero que no hará jamás hombres verdaderamente religiosos.

La buena fé, áun en el error, vale más para la moralidad privada ó pública, que la falta de sinceridad con todas las apariencias de la verdad, con la verdad misma. No es la religion que se profesa, aunque sea la más verdadera, la más útil á las costumbres, sino la que se cree, por más que sea falsa bajo todos conceptos. La violencia supone que no existe la conviccion; de suerte que quien la sufre, se halla condenado á profesar el error, un error relativo al ménos, y por consiguiente, á despreciarse á sí mismo como culpable de debilidad ó de hipocresía.

Si el legislador quiere, por el contrario, alcanzar su fin por la persuasion, ¿por qué emplear la violencia? ¿Por qué ha de recurrir á ella ni áun para obligar á recibir la instruccion? ¿Está, por otra parte, bien seguro de que no toma su creencia en la verdad de sus opiniones religiosas por la certeza de estas mismas opiniones? ¿Cómo podrá tener, bajo este punto de vista, la menor seguridad? ¿En qué autoridad podrá fundarla para los que no la tienen? Mucho más enorme es la iniquidad cuando se autoriza á un partido religioso para emplear la violencia á fin de iniciar en sus doctrinas á los individuos del partido opuesto, sin que se conceda la misma facultad á este último. En este caso habría simplemente igualdad en la injusticia, igual opresion de la libertad; y el soberano por el contrario debe establecer y proteger la igualdad en la libertad.

Otra clase de intolerancia que no es tan universalmente reprobada como la religiosa, es aquella que se escuda en el bien general para hacer reinar las buenas costumbres por la fuerza pública.

Y sin embargo, ¿qué, sino la intencion, es lo que constituye la moralidad de un acto? ¿Qué atribuciones ha concedido Dios al legislador sobre el secreto de la conciencia? Evidentemente que se ha reservado para sí el juzgarnos bajo este punto de vista. Por otra parte, ¿cómo analizar los actos de la vida privada? ¿Cómo indagarlos y perseguirlos sin entregarse á investigaciones tan odiosas como impotentes, cuya consecuencia necesaria sería sembrar el ódio y la division hasta en el seno de la familia?

El legislador no tiene, pues, la mision directa de hacer que reine la moral; su asunto principal es la justicia, y la justicia material más que la formal.

Su derecho y su deber es contribuir con todo su poder al triunfo de las buenas costumbres, propagando una sana instruccion moral conveniente á todos los ciudadanos sin distincion de culto; pero el obligar con penas al respeto de la moral en el caso de que la justa libertad de otro no sea contrariada, excede los límites de su derecho, de su deber y de su poder.

Observemos, ademas, que el legislador que cree servir las costumbres por este medio, las corrompe. En efecto; 1.°, puede afirmarse en principio que la amenaza y la pena en general envilecen é indisponen al hombre y le hacen ruin

y malvado; razon por la cual no deben considerarse como delitos sino aquellos actos cuya libertad exterior exige imperiosamente la represion. 2.° La violencia, sobre todo cuando no es de una evidente necesidad, hace que se odie todo aquello que la provoca y al que la ejerce, y por consecuencia en este caso las buenas costumbres y el poder que quiere extenderlas. 3.° Para ejercer esta violencia con algun éxito aparente, sería necesario acudir al espionaje, á la denuncia y á los demás medios que son sus accesorios indispensables. Y es evidente que el lazo social sufre más con este espíritu de desconfianza y de hostilidad general que con la libertad de costumbres. La mejor prueba de que la legislacion civil corrompe las costumbres y la religion cuando las impone, es la inferioridad moral y religiosa de los pueblos en que reina todavía esta práctica teocrática, con respecto á las naciones en donde la ley civil ha entrado al fin en los límites que le son impuestos por la razon y la justicia.

Notemos tambien que hay para las costumbres, principalmente las privadas, otra jurisdiccion, la de la conciencia y de la religion. Respecto á las costumbres públicas, la opinion es un freno tanto más saludable y poderoso, cuanto más libre producto es de una instruccion más general, más sana y más fuerte; y si la opinion se halla en contradiccion con el propósito del legislador, éste fracasará en su intento; si, por el contrario, le es favorable, basta por sí misma. Todo lo demás que pudiera hacerse, tendría el inmenso inconveniente de atentar á una libertad legítima, de envilecer á los ciudadanos, de hacer odiosa la medida y antipáticas las buenas costumbres que se pretendieran servir de esta suerte. Queriendo practicar el bien por medios ilegítimos, no solamente no se consigue, sino que se desnaturaliza al hombre envileciéndole, y se le pervierte ahogando en él una libertad de que á veces abusa sin duda, pero de la cual usa más frecuentemente en provecho suyo que de la sociedad. Es necesario saber soportar ciertos males por temor á otros peores, y persuadirse de que los gobiernos sólo son responsables del bien que pueden hacer sin salirse de los límites de su mision, que no es otra, como ya hemos dicho, que hacer reinar la justicia ó el respeto á los estrictos derechos. Lo demás es obra de la accion del Estado, pero no motivo de penalidad; es cosa de la opinion pública y de los esfuerzos de los particulares; es, en fin, asunto de la liber-

tad y de la justicia que deben realizar los gobiernos. Y como ésta no es posible sin el órden público, la gran mision de los gobernantes es la de velar por el mantenimiento de este órden, no por el órden en sí ó por ellos mismos, sino por la libertad y para la justicia.

El hombre no es propiedad del hombre; no es tampoco una cosa de la sociedad ni del soberano; ninguna persona pertenece á otra, y cada cual tiene el dèrecho, civilmente hablando, de hacer un mal que sólo á él perjudica, por más censurable que sea á los ojos de la moral.

Así pues, no puede el legislador declarar delito un acto miéntras que no sólo sea ejecutado con voluntad, inteligencia y libertad, sino que tambien ataque claramente á un derecho estricto, natural ó legítimamente adquirido, que pueda ser probado y que la sociedad tenga interés en castigar. En otros términos: el delito es, segun Rossi, la violacion de un deber exigible (1).

Entendemos, en general, por derechos estrictos aquellos que tienen por objeto el bien de cada uno, derechos que se fundan en la equidad ó en la simple justicia, y respecto de los cuales se puede ser física y jurídicamente compelido (2). Esta condicion no puede ser satisfecha sino en tanto que la trasgresion es susceptible de ser probada y reparada.

Es, pues, necesario, para que haya delito ó accion punible por la justicia humana:

---

(1) En otro lugar (t. II, p. 7 y 8 de su *Tratado de derecho penal*), define el delito «la violacion de un deber hácia la sociedad ó los individuos, exigible en sí y útil al mantenimiento del órden político; de un deber cuyo cumplimiento sólo puede asegurarse por la sancion penal, y cuya infraccion puede ser apreciada por la justicia humana.» En seguida explica ámpliamente esta definicion. El único punto en que no estaríamos completamente conformes con este ilustre publicista, es el de la sustitucion de la palabra *deber* á la de *derecho*, más generalmente admitida, por la razon, en nuestro entender, de que el hombre puede jurídicamente disponer de todos sus derechos. Rossi, como casi todos los filósofos jurisconsultos, opina lo contrario, porque confunde todavía la moral con el derecho. Es cierto que moralmente no se pueden abandonar muchos derechos, pero no hay uno solo de que no se pueda disponer jurídicamente. Otra cuestion es la de saber hasta qué punto la sociedad debe prestar su concurso para hacer respetar los contratos inmorales: debiéndose, en nuestra opinion, negar este concurso, nos hallamos en esto conformes con Rossi.

(2) Hay, sin embargo, un gran número de derechos naturales estrictos, por ejemplo, en las relaciones de familia, respecto á los cuales es casi imposible obligar civilmente.

1.° Que haya perjuicio material ó moral ocasionado ó en vías de serlo, con más ó ménos voluntad (1);

2.° Que el delincuente haya obrado con conocimiento real ó presumible de que hacía mal, y con libertad (2); por consecuencia, que sea responsable de su accion ó que ésta le sea imputable;

3.° Que este mal sea causado á otro;

4.° Que sea positivo y no simplemente un bien que deja de hacerse;

5.° Que pueda ser probado;

6.° Que esté prohibido, implícitamente al ménos, por la ley positiva (3);

7.° Que pueda ser castigado;

8.° Y en fin, que sea útil á la sociedad el castigo.

Estas condiciones distan mucho de hallarse todas en las leyes ó en los usos de los pueblos poco civilizados, en los cuales no se distingue suficientemente la materia del delito ó el perjuicio ocasionado, de la forma del mismo delito ó de la intencion de hacer daño, y aún se distingue ménos el grado de inteligencia y de libertad del agente, atendiéndose más al mal abstracto de la accion que al perjuicio causado, sobre todo en los pueblos que no distinguen entre el derecho y la moral. Lo contrario sucede en los pueblos que no tienen culto público ó en que la religion no se extiende á las costumbres, como tambien en aquellos que son bastante ilustrados para comprender la necesidad de distinguir entre la moral y el derecho. Aunque estos dos extremos parece que se tocan, difieren en realidad tanto como la ignorancia ó la indiferencia difieren del saber y del respeto á la justicia y á la conciencia. Podríamos señalar en la legislacion criminal de los pueblos incultos muchos otros vicios opuestos á las condiciones que acabamos de establecer

---

(1) Algunas veces no es real el perjuicio; pero en principio se considera siempre tal, en lo que respecta á la accion pública ó á la pena. En cuanto á la accion civil, en los daños causados á los intereses particulares, la cuestion es diferente.

(2) La voluntad no supone necesariamente la libertad: el loco furioso quiere lo que hace; pero sería injusto imputarle directa y plenamente su accion, aunque conociera que era ilícita. Lo mismo sucede en ciertas manías y en el estado de embriaguez.

(3) Pero valdría más que lo fuera explícitamente para evitar el peligro de la interpretacion arbitraria de la ley, ó de la impunidad que resultaría del sentido literal.

para los delitos. No mencionaremos, sin embargo, más que uno solo: la falta de publicidad de las leyes penales, la violencia con que se aplican por la costumbre ó por el momentáneo capricho, la inmovilidad que en ellas establece la ignorancia, y en una palabra, la poca importancia de las leyes escritas en materia criminal y su barbarie (1).

Lo que la ley no prohibe, es jurídicamente permitido, y todo lo que prohibe está jurídicamente prohibido.

¿Pero qué debe prohibir, y qué ordenar? Debe prohibir todo aquello que lastime los derechos de los particulares ó de la sociedad, y prescribir todo lo que sea necesario al respeto de estos mismos derechos.

La determinacion de los derechos que la ley debe reconocer y consagrar, es una cuestion de derecho natural privado y público, que ha sido resuelta de diferente modo segun las épocas. En los tiempos y en los países en que la religion, la moral y el derecho se hallaban más ó ménos confundidos, y en que la autoridad religiosa dominaba en algun modo á la civil, se consideraban delitos civiles, y se castigaban como tales, las faltas que sólo se refieren al agente y á su conciencia; ó que á lo sumo interesan á la sociedad espiritual que se llama comunion religiosa.

Gracias á la profunda distincion que se ha reconocido entre los dos poderes, figuran hoy en nuestros códigos criminales casi exclusivamente los delitos civiles. La autoridad temporal respeta cada dia más las conciencias y la fé de los ciudadanos; va reconociendo progresivamente los límites de su dominio, y adquiere á la vez más fuerza y respeto á medida que se contiene más cuidadosamente en su verdadera esfera. Reconoce que tiene su mision propia,

---

(1) Segun un curioso trabajo de M. Constantin-Siegwart-Muller, inserto en la *Revista de derecho francés y extranjero*, sobre el derecho penal vigente en los cantones de Uri, de Schwitz, de Unterwald, de Zug y de Appenzel, puede verse no solamente que no han sido muy notables los progresos realizados desde el siglo XVI en el derecho criminal de esta parte democrática y católica de Suiza, sino que es allí algo difícil el conocimiento de las leyes, cuya mayor parte se hallan en estos cantones en forma de manuscritos encerrados en los archivos, y son modificadas de mil maneras por las costumbres no escritas. La *Carolina* se halla todavía en vigor en Schwitz y en Zug, pero no se observa estrictamente. En los otros cantones de que hablamos más arriba, la legislacion penal es mucho más incompleta que la de Cárlos V, sobre todo respecto á los delitos graves. Estos no se hallan enumerados ni definidos, y las penas se dejan al arbitrio del juez.

que no la recibe de ninguna otra autoridad extraña ni la saca por lo tanto sino de sí misma ó de la razon, y que no debe escuchar otras inspiraciones que las de la justicia absoluta y las de las verdaderas necesidades de los pueblos. Dejando de tiranizar á los ciudadanos en nombre de la religion, se ha emancipado de una tutela de la cual la ha reconocido esencialmente independiente la razon pública, segun la razon absoluta, y ha conquistado al propio tiempo todos sus derechos sobre las relaciones sociales ó políticas de la Iglesia ó del Estado.

No nos ocuparíamos, pues, en derecho natural y positivo sino de los delitos puramente sociales, á no encontrarse en la historia de las legislaciones criminales penas contra las faltas en materia de religion y de moral; pero nos veremos obligados á reproducir las principales disposiciones de estas leyes bárbaras en el cuadro que daremos de los delitos y de las penas y en el exámen de que será objeto. Sólo deberá tenerse en cuenta que estas dos primeras categorías no son delitos civiles, sino que sólo comprenden pecados y faltas (1); que hay algunas que no son otra cosa que una práctica moralmente irreprochable de la libertad exterior de pensar y de obrar, práctica tanto más inocente cuanto que es la expresion de convicciones sinceras, honradas y muchas veces hasta piadosas (2).

Los gobiernos y los pueblos han incurrido tambien en otros errores respecto á los particulares: han creido, en la antigüedad principalmente, que los indivíduos pertenecían á la sociedad y que todo podía ser legitimado por el interés público; error grave que ha sido la causa ó el pretexto de innumerables injusticias. La sociedad se ha hecho para el hombre, y no el hombre para la sociedad: el hombre es el fin, la sociedad el medio.

Sin duda que la sociedad tiene derechos; pero no son

---

(1) Franklin habia dicho ya en su calendario: «Se distinguen tres clases de delitos: los *pecados*, los *crímenes* y los *vicios*. Toda infraccion del órden divino es un *pecado;* cuando esta infraccion del órden se hace en daño de nuestro prójimo, se llama *crímen*, y cuando sólo afecta á nosotros mismos, se llama *vicio*. El vicio se castiga con la vergüenza, el crímen con los suplicios, y el castigo de los pecados está reservado á Dios.—V. *Teorías de las leyes criminales*, por J. F.—Brissot de Warville, t. I, p. 101.

(2) Véase sobre los delitos en general: Horis (L. V. D.), *De injuriis*, Lugd. Batar., 1710; Jongh (J. *de*), *De injuriis*, id., 1718.

otros que los de los particulares: puede como éstos adquirir, poseer, administrar, enagenar, defenderse y castigar, en una palabra, conservarse; pero á estos derechos corresponden las mismas obligaciones á que están sujetos los indivíduos, es decir, que debe respetar la existencia, la libertad, los bienes y el honor de los particulares, todos sus derechos en fin. Hállase tambien más especialmente obligada á velar por el sostenimiento y la integridad de todos estos derechos, lo cual constituye el fin esencial de su institucion. Es ciertamente natural, pero una de las razones fundamentales de su existencia es la proteccion activa de todos los que la componen en beneficio de cada uno de sus miembros.

Es necesario reconocer que para ella como para los indivíduos, deben ser sagrados los derechos de los particulares, es decir, que deben ser respetados, cualquiera que sea su objeto, su orígen y su antigüedad, y cualesquiera que sean el interés que el público pudiera tener en violarlos, y los medios de que pudiera valerse para hacerlo. lo cual no impide la expropiacion por causa de utilidad pública, mediante justa (y prévia) indemnizacion, en la que tambien se toma en cuenta el valor del afecto.

La sociedad puede, por lo tanto, hacerse culpable para con los particulares de varias maneras: por los ataques directos á su libertad y á sus propiedades; por la manera de hacer uso de sus propios derechos y de defenderlos; no protegiendo los derechos de los ciudadanos; autorizando á los particulares ó á las corporaciones para que los violen so pretexto de utilidad pública; impidiendo que estos derechos lleguen á conocimiento de todos (1).

---

(1) Se puede ver sobre este asunto un excelente capítulo de la *Filosofia del Dritto* de Antonio Rosmini Servati, t. I, p. 660-695.

CAPITULO II.

RESPECTO DE QUÉ SÉRES SE PUEDE DELINQUIR.

SUMARIO.

1. Si se puede delinquir con las cosas.—2. Si con los séres de razon.—3. Si con los animales: legislacion de Persia, de Egipto, de Grecia, etc., sobre este punto.—4. Disposiciones análogas en el Pentatéuco, entre los pueblos bárbaros, en Inglaterra, en Suiza. Su diferente espíritu.—5. Lo que hay de excesivo y de erróneo en la manera de concebir á los animales respecto de los tratamientos que podemos darles: analogía llevada demasiado léjos por los antiguos, y negada por los modernos.—6. Sólo el hombre puede tener derechos para con el hombre; pero se halla obligado por sí mismo á respetar la sensibilidad del animal.—7. ¿Cuál ha sido la causa de que se haya deificado á los animales, y de que su vida se haya puesto al amparo de las leyes religiosas?

Se extrañan algunos de que ciertos pueblos hayan creido que los animales tenían derechos, y esto ha llegado á inspirarles una sonrisa compasiva; pero no se fijan en que es mayor extravagancia todavía reconocer derechos á cosas que no existen, ó que, caso de existir, son inanimadas ó se hallan tan por encima del hombre, que son para él absolutamente inaccesibles. ¿No podría aplicarse á este caso el *mutato nomine de te fabula narratur?* Pues qué ¿no admitís los delitos contra la religion, como tal, los castigais de una manera atroz, pretendeis que un pedazo de madera, de piedra ó de metal con tal ó cual forma puede ser ultrajado tan gravemente que merezca el último suplicio el que le ultraja, y os reís del Indio, del Persa y del Egipcio que consignan en sus códigos penas contra los que maltratan al buey ó á la vaca? Si el empleo de los tropos es peligroso en las ciencias, puede ser funesto en las leyes.

Ya tendremos ocasion de insistir sobre este punto: sólo debemos hacer notar aquí que no hay razon para imaginar delitos hácia cosas ficticias ó reales, desprovistas de sensibilidad, ó hácia séres sensibles que se hallan fuera

de nuestro alcance, y cuyo respeto no es esencial á la existencia social, y que no hay razon tampoco para erigir en delitos hácia los animales los malos tratamientos que se les pueden dar.

Comprendemos bien que bajo otro punto de vista, es decir, en tanto que los hombres tengan un derecho comprometido, se castiguen las faltas cometidas con ocasion de las cosas consagradas al culto y á la religion, pero no tan sólo por la consideracion del carácter religioso de estas cosas. Comprendemos igualmente las leyes de policía que protegen en algunos pueblos modernos á los animales domésticos contra la brutalidad de sus dueños; las leyes de la China que prohiben matar á un animal útil que no ha alcanzado todavía todo su desarrollo; las leyes de los Anglos, de los Bávaros y de los Visigodos, que imponían multas al que saltaba un ojo á un caballo, á un buey ó á cualquiera otro cuadrúpedo doméstico.

Este es simplemente el exceso ó la barbarie. Pero á parte de la proteccion especial que ciertos animales muy útiles pueden obtener de una especie de consagracion religiosa, el error y el absurdo consisten en mirar á los animales como dioses y declararse vengadores de los atentados que los particulares pueden cometer contra estas singulares divinidades. Estos errores son tanto más abusivos, cuanto que el Estado, como tal, es decir, como persona moral ó ficticia, no tiene ni realidad, ni destino, ni derecho, ni deber. Y como el Estado no es persona en particular, por lo mismo que comprende á todos los ciudadanos, tiene la fé, la religion de todo el mundo, es decir, todas las religiones aún las más opuestas, ó mejor todavía, no tiene ninguna religion positiva. ¿Se considera como Estado al soberano, al príncipe? Si el soberano es colectivo, sucederá lo mismo; si es individual, no es como soberano como puede y debe tener una religion, y la tiene en realidad, sino como hombre ó como persona moral determinada, capaz de creencias y de actos, ó más bien de motivos de accion que sólo miran á él en sus relaciones con Dios. El Estado, y por consiguiente el príncipe, deben, pues, proteger todas las religiones como un derecho de los particulares, y no imponer ninguna. No deben hacer proselitismo, porque de otro modo pondrían los medios de todos al servicio de las ideas religiosas de una parte de los ciudadanos.

Si se ha ido más léjos es porque, por una parte, no se formaba una justa idea de los respectivos derechos del Estado y de los particulares, de las relaciones jurídicas que deben unir á los miembros de una misma ciudad, de la justa extension de los derechos de la conciencia, de lo que es una religion y del oficio del Estado en los asuntos del culto; y, por otra, porque no se ha formado tampoco una verdadera idea de la naturaleza animal y de lo que la separa de la naturaleza humana.

Este error se nota especialmente en las épocas y en los pueblos en que la razon está dominada por la fantasía. Por consecuencia de este error, que tiende á rebajar al hombre al nivel del animal, elevando á éste á la altura de aquél, el legislador de Persia, Zoroastro, amenazó con setecientos años de infierno y con setecientos azotes al que olvidase la promesa de recompensar á un animal doméstico que hubiese prestado servicios, y con ochocientos, si no se tienen los cuidados necesarios á otros animales que hubieran servido largo tiempo, aunque nada se les hubiese ofrecido.

Prohibe igualmente matar á los animales jóvenes útiles, maltratarlos, negarles la cama ó el abrigo, y con mayor razon los alimentos. A sus ojos es un crímen capital pegar á un perro, herirle ó matarle (1), y, por el contrario, es un acto de piedad, y de los más meritorios, cuidar á los animales, principalmente los domésticos.

En vista de esto, podría creerse que Zoroastro, al hacer estas prescripciones, sólo atendía á consideraciones económicas y morales; pero ¿no sería posible civilizar y moralizar los pueblos respetando la verdad y el buen sentido? ¿Es necesario sacrificar una verdad y un buen sentimiento á otra verdad y á otro buen sentimiento; engañar al pueblo para instruirle, y pervertir su inteligencia para mejorar su corazon? ¿Qué idea se formaría entónces de la rectitud natural del espíritu, de la necesaria armonía entre la verdad y la razon, de los designios y sabiduría de la Providencia creadora? Lo que hace creer que no todo era cálculo ó política, mejor ó peor entendida, en esta legislacion de Zoroastro, y que había en ella algo de supersticion, es que trató á las bestias como agentes morales. ¿No era esto quizá más que una medida política para inspirar el horror al crímen? No

(1) Pastoret, *Zoroastro*, *Confucio* y *Mahoma*, etc., p. 89-91.

lo sabemos; pero de cualquier manera que sea, no se limitó á prohibir que se matara á los animales jóvenes, que se les pegara, que se les cuidase mal y que se les privase de alimentos, de cama ó de abrigo, sino que tambien mandó que al perro que mordiera se le cortase la oreja derecha; si reincidía, la izquierda; si no se corregía, la cola; despues una pata, luégo otra.

La reputacion de sabiduría, que es como la aureola del antiguo Egipto, se sostiene hasta en sus leyes criminales, á excepcion de ciertos delitos que se referían á las creencias supersticiosas de este pueblo, por ejemplo, el acto de matar á un animal sagrado, aunque fuese involuntariamente. Este accidente, que ni áun era un delito, no dejaba de ser castigado á veces con el último suplicio. ¡Tan cierto es que la supersticion y el fanatismo son como dos enfermedades del alma que hacen perder igualmente el sentido de lo verdadero y de lo justo! Pero quizá la mera supersticion no explique estas creencias y costumbres, puesto que se pagaba una multa á los sacerdotes por haber maltratado á un animal ordinario (1).

Una ley de Triptolemo prohibía tambien hacer daño (inútilmente sin duda) á ninguna criatura viviente; y una ley de Atenas condenaba á muerte al que matara un buey de labor (2).

Legislaciones más adelantadas, la de Moisés (3), y áun las leyes modernas, las de Inglaterra, las de Francia y del canton de Vaud (Suiza) han tomado bajo su proteccíon á los animales; pero no es tanto por el interés del animal y por respeto á su derecho, cuanto por el interés de la sociedad humana, por el mejoramiento de las costumbres populares.

Para atribuir los derechos á los animales ha sido menester que el espíritu oriental hiciese primero de ellos personas.

Este es sin duda un exceso, ya sea debido á la ficcion de la metempsicosis ó á cualquiera otra. Pero los animales-máquinas de Descartes, ¿no son otra hipótesis, cuyas consecuencias morales podrían ser no ménos peligrosas?

Los errores de Descartes no pueden, sin embargo, justi-

---

(1) Diod., I, pár. 83 y 84.
(2) Pausanias, I, 28; VIII, 2.
(3) Levítico, XXII, 24.

ficar á Zoroastro. Este extendió la esfera del derecho más allá de sus verdaderos límites, y el filósofo del siglo XVII no la redujo. La hipótesis de la pura materialidad de los animales, de su insensibilidad, y sobre todo de su absoluta carencia de razon limitaba el derecho exclusivamente á los hombres.

Sólo éstos pueden ser el término del derecho como son su principio.

¿No es mayor aún el error contrario, cuando no contento con dar á los animales un alma dotada de personalidad, se elevaba este alma á la categoría de divinidades mortales que no se hallaban al abrigo de la maldad de los hombres? (1).

¿Pero es más prudente rebajar á la Divinidad inmortal é impasible hasta creerla ultrajada por un hombre, que elevar al animal hasta el punto de hacerle un dios finito, sujeto al dolor y á la muerte? (2). Lo desconocido tiene sus misterios, y la naturaleza animal con sus instintos que confunden nuestra razon, encierra algo divino para que la sencilla ignorancia de los primeros pueblos haya imaginado un dios en el bruto. Y si lo ha visto en la planta y en la piedra, ¿por qué no en el animal? El hombre se conoce bastante para saber que él no es Dios; pero no tiene la misma conciencia de las otras especies de la naturaleza. Su imaginacion llega, pues, con facilidad á suponer allí en estado latente de causa divina, donde sólo hay un efecto, si es que la causa no se halla en todas partes donde el efecto se manifiesta.

Cualesquiera que sean las circunstancias cósmicas y psíquicas que han hecho que el derecho se extienda hasta los animales, esta extension no deja de ser ménos abusiva. El hombre no es de la misma especie que el animal; uno y otro habitan juntos sobre la tierra, pero no forman una misma sociedad: no solamente están coordenados el uno al otro por la creacion, sino que el uno es superior al otro, y está llamado á disponer razonablemente de su inferior.

El hombre no puede, por lo tanto, ser jurídicamente culpable sino respecto á otro hombre.

---

(1) Diod. de Sic., l. c.
(2) Bentham, *Legislacion civil y penal*, t. II, p. 8, nota.

CAPITULO III.

¿QUÉ AGENTES PUEDEN DELINQUIR?

SUMARIO.

1. Los animales son considerados culpables y penables.—2. Penas mejor graduadas para el animal que para el hombre: dos razones posibles.—3. Diferencia en este punto entre la legislacion de Zoroastro y la de Moisés.—4. La legislacion ateniense procesaba á las mismas cosas inanimadas.—5. Estos cuatro períodos progresivos en la manera de imponer la pena á las cosas ó á los animales.—6. Estos cuatro períodos no son sucesivos más que en los mismos pueblos. Todos los grados de civilizacion recorridos en tiempo dado se encuentran por doquiera. La humanidad sólo por la inteligencia marcha sensiblemente.—7. Cómo se perpetúan las instituciones que no están en armonía con un nuevo grado de civilizacion.—8. Motivos razonables, fuera de la hipótesis de la moralidad de los animales y de la ejemplaridad, que explican todavía los procedimientos de que se trata. — 9. Razones particulares para ciertos delitos morales.—10. Sólo los hombres pueden delinquir, y únicamente los individuos, no las comunidades. Esta cuestion se relaciona con la precedente y se explica por las mismas razones, resolviéndose de igual manera.

Habiendo dado Zoroastro derechos á los animales, debió reconocerles deberes para con el hombre.

Así hemos visto que condenaba á una mutilacion sucesiva al perro arisco que seguía mordiendo á otro animal ó al hombre, á perder primero la oreja derecha, la oreja izquierda, luégo la cola, despues una pata y otra, y por último la vida (1).

Pero es digno de notarse que en el castigo de estos deli-

---

(1) *Vendidad Sadé* (*Farg*. 13, p. 383). Hay alguna variante sobre esta mutilacion sucesiva; algunos textos consignan en tercer lugar una herida en las patas, en cuarto la pérdida de la cola, y en quinto la muerte. Nosotros hemos seguido la version en que la pena está mejor graduada. Esta, sin embargo, no es la más verosímil: un perro, al que se le cortara una pata, y, más aún, si se le cortaran las dos, no podría prestar ya ningun servicio.

tos había más longanimidad que en la represion de los análogos cometidos por el hombre contra los animales. ¿Será porque el hombre sabe mejor que el bruto lo que hace, ó porque el bruto fuese superior al hombre en el pensamiento del legislador y exigiese más atenciones? Esta segunda hipótesis es inverosímil.

No es Zoroastro el único legislador que haya establecido penas contra los animales: lo mismo había hecho Moisés. Pero hay la diferencia de que el primero parece haber tomado más en sério la personalidad de los brutos, miéntras que el legislador judío sólo se proponía sin duda inspirar horror al crímen, persiguiéndole hasta en una causa inocente, aunque animada.

Esta interpretacion, justificada por textos positivos, parece principalmente necesaria cuando se ve la legislacion criminal de Atenas, anterior á Dracon, instruir una especie de proceso á los objetos inanimados que casualmente habían ocasionado la muerte de un hombre. Perseguía hasta á los instrumentos materiales del crímen, y con más razon debía procesar á los animales que causaban mal á alguno. Así, por ejemplo, Dracon condenaba á muerte al animal homicida, y segun la ley de Solon, el perro era entregado á aquel á quien mordía (1).

La ley de las Doce Tablas fijaba análogas penas en semejantes casos. El propietario de un caballo resabiado *calcitrosus*, ó de un buey que embestía, podía, en caso de que estos animales causasen algun daño, librarse de toda pena entregándolos á aquél á quien hubiesen lesionado. Por lo demás, este abandono no tenía lugar á título de pena contra el animal, puesto que, segun Justiniano, el animal, careciendo de razon, no puede cometer ningun delito: se hacía, pues, á título de indemnizacion. No se eludía tan fácilmente la responsabilidad cuando el animal que ocasionaba un perjuicio considerable era por su naturaleza dañino, tal como un oso, un leon, etc. El dueño de un esclavo que había cometido un delito podía librarse igualmente de la accion del daño, abandonándolo al perjudicado (2).

---

(1) Plutarco, *in Sol.*—V. Mackeldey y M. Giraud, *Hist. del derecho romano*, p. 489 edic. 1841.

(2) Instit., IV, 9, procem., pár I; id 8 pr., pár. 1, 2, 3;—L. 1 y L. 8. frag. 6. D. *si quadr. pavp.*—L. 6, pár. 1, Dig., *De re judicata.*—V. tambian el artículo *Deodand*, en Saint-Edme, *Dicc de la penalidad.*

En este desarrollo pueden considerarse cuatro épocas: aquella en que el animal y áun la cosa eran considerados como animados; aquella otra en que sólo se le miraba simbólicamente con objeto de herir la imaginacion del pueblo; aquella en que era abandonado á título de indemnizacion, y por último, la en que es protegido en interés de las costumbres públicas.

Refiérense al primer período los procesos sériamente seguidos á los animales. Miéntras ménos razon tiene el hombre, más se la supone á las bestias. Sin conceder positivamente razon moral á los animales, el pueblo les atribuye por lo ménos una especie de razonamiento, en virtud del cual tiende á desarrollar el indivíduo y á resguardarse contra la especie; lo que hace decir á Leibnitz que los procedimientos criminales contra los animales estarían siempre bien fundados si sirviesen (1); reflexion equívoca, porque los resultados del procedimiento podrían ser útiles sin que el procedimiento fuese razonable ó bien fundado, puesto que partiría del falso principio de que los animales se hallan dotados de una razon moral. Para comprender mejor la justicia de nuestra observacion, basta leer los hechos á propósito de los cuales parece aprobar Leibnitz, condicionalmente al ménos, estas clases de procedimiento. «Rorarius, en su libro de *La Razon de las bestias*, dice que en Africa se crucificaba á los leones para alejar á los otros leones de las ciudades y de los lugares frecuentados, y que había notado á su paso por el país de Juliers, que se colgaba allí á los lobos para que estuvieran mejor guardados los rebaños. Hay gentes en las aldeas que clavan aves de rapiña á las puertas de sus casas, creyendo que de este modo no se acercarán allí fácilmente otras.»

Al segundo período de este procedimiento criminal pertenecen sin duda las leyes de Moisés (2), de Solon y de las Doce Tablas. El animal no es ya en esta época un sér moral en el pensamiento del legislador. No se piensa tampoco en los efectos que el ejemplo puede producir entre los animales; no se quiere obrar sobre su espíritu, sino sobre el espíritu de los hombres.

---

(1) Teodicea, 1.ª parte, núm. 70.
(2) Exod., XXI, 28-36.—Levit., XXIV, 18, 21.—El buey homicida era muerto á pedradas.

Al tercero corresponden las disposiciones que permiten al dueño, si no resulta otro cargo contra él, sustraerse á todo otro castigo abandonando la cosa. Sólo se halla obligado á indemnizar al querellante, ya entregándole el animal, ya conservándolo. El animal, pues, no se halla aquí encausado, y si el propietario puede librarse de toda pena abandonándolo, es porque se considera injusto que un objeto pueda ser para su propietario ocasion de una pérdida que se eleve á más de su propio valor (1). Este estado de cosas es una transicion á la mayor parte de las legislaciones modernas, que no solamente no buscan ya efecto moral en la ficcion, porque el espíritu contemporáneo quedaría más lastimado por lo absurdo de esta ficcion, que útilmente impresionado por la intencion moral que la hubiese dictado, sino que no permiten tampoco librarse de la obligacion de reparar el daño por el abandono de la cosa que lo ha causado.

Distínguese el cuarto período por la necesidad en que se ha creido el legislador de obligar á los particulares á respetar la sensibilidad pública, reprimiendo los excesos á que podrían entregarse contra los animales domésticos. Esta clase de disposiciones honran á nuestro siglo y prueban una verdadera inteligencia de las consideraciones debidas á las personas dotadas de una justa sensibilidad.

Ademas, y esta observacion se aplica á todos los hechos que comparados entre sí forman una série progresiva, las mejoras que se introducen en un país, en una época dada, no son inmediatamente acogidas en los otros países: el progreso es local y se halla circunscrito en el tiempo y en el espacio, y sólo á fuerza de un gran trabajo se extiende y se hace general. Sucede ademas que todos los grados inferiores de civilizacion son contemporáneos de un grado superior cualquiera: miéntras un pueblo avanza, los otros quedan atrás para representar el atraso en sus diferentes grados. Cambiad de latitud ó de longitud, y la barbarie que habeis dejado al Norte ó al Occidente, la volvereis á hallar en el Mediodia ó en el Oriente; atravesad los siglos cambiando de naciones, y encontrareis los mismos errores é

(1) Instit., IV. 8, pár. 2.º—Summa autem ratione permissum est noxæ deditione fungi, namque erat iniquum nequitiam eorum (servorum) ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

idénticos abusos: la humanidad parece ser siempre la misma. Haced más; dejad pasar el tiempo, quedaos en un punto, esperad la guerra y sus calamidades, la conquista de un pueblo culto por otro bárbaro, y vereis desaparecer esta civilizacion con las generaciones que han recogido sus últimos frutos: la nacion, quedando la misma en apariencia, retrocederá en el camino del progreso y se pondrá al nivel de sus opresores. Otras veces sólo recorrerá la mitad del camino; los conquistadores por la fuerza serán á su vez conquistados por la idea, y esta parte de la humanidad engrosada como por aluvion, volverá á emprender su marcha.

En una época y en los lugares en que la ley romana había salido del simbolismo (y con mayor razon del panteismo ó de ese antropomorfismo que consiste en hacer á los animales á imágen del hombre, y que inspiró á los primeros legisladores respecto á los perjuicios causados por los animales), hállanse pueblos nuevos que han llevado consigo sus errores y supersticiones y los han trasmitido á sus descendientes y á sus vecinos. Disposiciones análogas á las de Moisés, de Solon y de las Doce Tablas se encuentran en efecto entre los Burgundios y los Alemanes (1). En una época mucho más cercana á nosotros, cuenta Guypare que volviendo de Borgoña vió un puerco colgado de las horcas patibularias de Chalon, y se enteró de que este animal había sido condenado porque había matado á un niño (2). El siglo de Luis XIV presenció en el mismo París aberraciones análogas; tan cierto es que la mayor cultura literaria no es el signo completo de la civilizacion, sino que se necesita ademas un espíritu de crítica profundo, es decir, el espíritu filosófico, único capaz de señalar todos los errores y todos los abusos.

Observemos ademas que las instituciones extrañas ó absurdas en una época, pero muy naturales en el tiempo en que han tenido orígen, sobreviven por lo comun al espíritu que las ha inspirado: duran porque existen; se mantienen porque han sido establecidas. Perece su espíritu mucho ántes que su cuerpo. Forman parte de un edificio que no se

(1) Michelet. *Oríg. del derecho francés*, p. 354.
(2) Jousse, *Tratado de la justicia criminal en Francia*, t. I, p. VI.—Guypare murió en 1472.

pretende sostener. pero que no se puede derribar, y cuyas partes ménos cómodas y más útiles se dejan en pié por esta razon. ¿Quién creería, por ejemplo, que Aténas, razonadora hasta la temeridad y hasta la impiedad, hubiese respetado los procedimientos absurdos anteriores á Dracon? Y sin embargo, el Επὶ πρυτανείῳ era un tribunal que tenía la mision de juzgar las muertes ocasionadas por algun objeto inanimado, como por la caida de una piedra ó de un árbol (1). Los objetos que dirigidos por una mano oculta ó por un accidente cualquiera habían ocasionado la muerte de un ciudadano, eran trasportados fuera del territorio por los φυλοβασιλεῖς (2). La primera causa llevada ante este tribunal, cuya creacion se remonta á la época de Ericteo, fué la de una hacha, con la que un sacerdote había dado muerte á un buey (3).

Conviene por lo demás no confnndir un proceso instruido á un animal ó á una cosa con una formalidad judicial ó religiosa destinada, ya á confiscar regularmente el objeto que ha servido de instrumento para su crímen ó que lo ha ocasionado fortuitamente, ya á inspirar un profundo horror al mal y á sustraer á la vista del pueblo, y sobre todo de los parientes y amigos del culpable ó de la víctima, objetos propios para recordar ideas desagradables y sentimientos funestos. Hace algunos años un particular de Autun murió de una caida de un caballo en unas carreras públicas, y su hijo prefirió matar el caballo á venderlo. Ya se comprenderá que no podía conservarle por inocente que fuera la bestia. ¿Se dirá por esto que se había cometido aquí un acto de justicia criminal por el propietario contra su caballo? Esto sería abusar de los términos.

Jousse podría muy bien caer en este defecto, cuando dice que se instruye á veces proceso á cosas inanimadas, como cuando se queman los libelos y otros escritos sediciosos, cuando se derriban las estátuas ó se destruyen los castillos, las fortalezas y otros edificios, etc. (4).

Es necesario reconocer con Rauter que no ha habido

---

(1) Démosth., *in Aristocr.*—Polyb., VIII, 10.
(2) Æsch., *in Ctes.*—Polyb., *ibid.*
(3) Pausan.—Ælian., *Var. hist.*, lib. VIII. 3.—V. Robinson, *Antiq. gr.*, t. I, p. 169.
(4) Jousse, t. I, p. IV.

razon para considerar como ejecuciones criminales (1) muchos casos de simple destruccion de un cuerpo de delito.

Si el animal que había servido para consumar el crímen de bestialidad debía perecer, ya se comprende que era por razones de moralidad pública, y de ninguna manera porque fuese culpable. Cuando se decide á dar publicidad, y una publicidad solemne á semejantes torpezas, es necesario ser consecuente.

El exorcismo contra los animales dañinos tiene tambien en algunos casos el carácter de un juicio criminal que se trata de celebrar: invócase contra ellos el poder divino, apostrofándolos y entregándolos al brazo secular (2). Estas formalidades no nos parecen ménos ridículas, absurdas y áun supersticiosas.

Tampoco es presumible que la imaginacion popular, ni áun la de los primeros legisladores, se haya dejado arrastrar hasta el punto de concebir una cierta personalidad en los animales y en las cosas (en caso necesario el fetichismo sería una prueba de esto), y que no haya aplicado directamente á los séres irresponsables la nocion de la culpabilidad (3).

Es necesario, pues, un progreso de la razon para no extender las ideas de deber y de culpabilidad más allá de la humanidad en sus relaciones consigo misma.

Pero, áun en la humanidad, sólo las verdaderas personas pueden ser culpables; las personas morales no pueden serlo porque sólo son ficticias, porque no tienen realidad sino en los indivíduos que las componen. ¡Cuántas veces, sin embargo, han sido castigadas ciudades y tribus enteras

---

(1) *Tratado del derecho criminal*, t. I, p. 94, nota.

(2) Legendre, *Tratado de la opinion*, t. VI, p. 113, refiere uno del provisor de Troyes, en el año 1516.

(3) Véase respecto á los procesos instruidos contra los animales, entre otras obras, un artículo de M. Peignot, en las *Memorias de la Academia de Dijon*, año 1831, p. 54-77, sobre Chasseneuz.—*Journal des savants*, año 1846, p. 640.—Dulaure, *Hist. de París*, t. III, p. 57; t. IV, p. 452; t. VII, p. 214.—Cibrario, *Della economía política del medio evo*, t. II, p. 136, que remite á Grimm, p. 556.—Saint-Edme, *Dicc. de la penalidad*, v.° *Animales*.—Berriat-Saint-Prix, *Raport et recherches sur les procés et jugements relatifs aux animaux*, en 8.°, París, 1829.—M. Charma, en sus *Lecciones de lógica*, p. 330, remite respecto á este punto á Sommer, *De pœnis brutorum;* á Mayer, *De peccatis et pœnis brutorum*; á Schrader, *De simulachris virtutum in brutis animantibus*, etc.

por las faltas de algunos de sus miembros, aunque éstos no hubieran recibido la mision ni obtenido siquiera el asentimiento del todo!

Concíbese que haya cierta solidaridad entre los miembros de una misma comunidad para rechazar las injusticias hechas desde el exterior, que no son propiamente dirigidas contra determinada persona, sino más bien ejecutadas contra la comunidad como enemiga; pero es soberanamente injusto y bárbaro que las penas propiamente dichas alcancen lo mismo á los inocentes que á los culpables, de lo cual no se ha dado ejemplo todavía en los tiempos modernos. Algo es, no obstante, reconocer los caracteres más que bárbaros de parecidas venganzas, no bien justificadas por la frase *Derecho de la guerra*.

CAPITULO IV.

DE LA IMPUTABILIDAD DEL DELITO.—DE LAS EXCUSAS PERENTORIAS.

SUMARIO.

1. Distincion entre el delito material y el formal.—2. Consecuencias de la confusion de estas dos cosas.—3. Condiciones de la imputabilidad.—4. Dos clases de excusas: las perentorias y las atenuantes;*a)* La edad; *b)* La demencia; *c)* El sonambulismo; *d)* La embriaguez; *e)* La violencia física y la coaccion moral, *f)* La propia defensa y la defensa de otro; *g)* El cumplimiento de un deber legal y áun natural; *h)* La coartada; *i)* La ignorancia de la ley.—5. Grados en la mayor parte de estos hechos justificativos.—6. Es natural y justo tener en cuenta los grados de gravedad de los delitos.—7. Todo delito es determinado. Falsedad del principio de Dracon.—8. Marcha del espíritu humano en la apreciacion de los grados del delito.—9. Importancia de esta apreciacion, más bien relativa á la aplicacion que á la formacion de la ley.

Sólo el hombre considerado individualmente puede delinquir; pero no todo acto materialmente perjudicial es por esto un delito.

Casi en todas partes se distingue, aunque débilmente, cuando no se les da todavía nombres especiales, el delito material y el delito formal, es decir, el mal físico y el mal moral, el perjuicio ocasionado y la intencion de causarlo, el daño para el que lo sufre, y la maldad en el que lo causa.

En todas partes, sólo se ha reconocido culpable al hombre, aunque cause daño á otro, cuando ha tenido intencion de hacer mal: siempre se ha distinguido entre sus actos voluntarios y sus movimientos fortuitos; pero no siempre ha sabido ni querido hacer la misma distincion respecto á los actos de sus semejantes. Con frecuencia se han castigado acciones involuntarias, como si hubieran sido queridas: el que mataba casualmente á un animal sagrado, era condenado á muerte en Egipto, y en el Japon se aplicaba el suplicio

del fuego ó de la rueda al homicida involuntario (1). El crímenpuramente material era considerado como una mancha, como una falta contra los dioses, si no contra los hombres; prejuicio en el cual se hallaban profundamente imbuidos los antiguos. Edipo no era culpable ni de parricido ni de incesto, y sin embargo creía serlo.

De tal manera se ha confundido á veces el homicidio material con el homicidio moral, que el ejecutor de las sentencias criminales, á pesar de la necesidad, de la utilidad y de la legalidad de sus funciones, era considerado impuro, y eran necesarias ceremonias religiosas para lavarle de esta mancha. Entre los negros de Issini dura tres dias este estado de horrible impureza, y, durante ese tiempo, el ejecutor tiene el derecho de correr como un furioso y de coger todo lo que cae en sus manos; lo que él toca es considerado tan impuro como él mismo y nadie lo querría ya. Despues de la ceremonia de la purificacion, y recobrando el buen sentido, los hombres que han tenido el atrevimiento ó la codicia necesaria para caer en esta momentánea deshonra, se glorifican el resto de su vida de los servicios que han prestado (2).

¿Por ventura el verdugo no sufre todavía una especie de reprobacion universal en los pueblos más civilizados? Á pesar de Rousseau y de Maistre, la opinion no ha podido restituirle la pureza que reconoce haber perdido, y que le restituye, en los pueblos salvajes, una ceremonia religiosa. ¿Si los salvajes son más supersticiosos, no son tambien más equitativos?

En Roma, el ejecutor vivía fuera de las murallas de la ciudad (3).

Para que haya delito imputable es, pues, necesario, como se ha dicho ya, que el agente sea una persona, y que la accion sea considerada criminal por la conciencia pública, ó mejor por la ley, que es el órgano de esta conciencia y previene la arbitrariedad áun en los casos en que parece temerla ménos. De esta manera el delito toma un carácter legal claramente determinado.

---

(1) Des Essarts, *Ensayo sobre la historia de los tribunales*. V.^{o} Japon.
(2) *Historia general de los viajes*, t. II, p. 443 y 444.
(3) Plauto, *Pseudolus*, I, 3, V. 97.—Cicer., *pro Rab.*, V.

Es necesario ademas que la persona, obrando con voluntad, tenga suficiente conocimiento y posesion de sí mismo.

Falta la inteligencia si no hay discernimiento del bien y del mal moral, como en una edad muy tierna, en la imbecilidad ó en el idiotismo y en la completa embriaguez.

Tampoco existe la libertad moral si hay falta de inteligencia, violencia física ó moral, necesidad de la defensa, etc.

Estos principios son fáciles de consignar; pero su aplicacion presenta sérias dificultades, de las cuales debemos procurar librarnos.

Aunque las reglas propias para la práctica, no puedan nunca ser bastante precisas, y sean, por lo tanto, de escasa utilidad, no por eso es ménos precioso el reconocimiento legal de los principios. Al juez corresponde estudiar luego con cuidado los hechos y consultar su conciencia.

Los jurisconsultos distinguen con razon las excusas, en cuanto al grado de su virtud, en perentorias ó justificativas que quitan á la accion todo carácter de culpabilidad, y en excusas que sólo atenúan la falta (1).

---

(1) Pero perentorias ó no, están reducidas á estas tres circunstancias:

1.ª La inteligencia del agente: ignorancia, error;

2.ª La voluntad:—deliberada, espontánea;

3.ª Todo lo que puede influir en estas dos cosas;

a) Sexo,

b) Edad,

c) Condicion,

d) Estado de salud ó de enfermedad del cuerpo,

e) Estado de salud ó de enfermedad del espíritu (cólera, terror, emocion en general, embriaguez, locura, imbecilidad, manía),

f) Motivos de la accion,

g) Miseria, bienestar, riqueza,

h) Provocacion ó no provocacion,

i) Teatro del crímen (lugar solitario ó habitado, cercado ó libre, domicilio),

j) Cualidad y estado de las personas lesionadas (parientes, bienhechores, señores, domésticos, superiores, inferiores, jóvenes ó ancianos, enfermos ó niños),

k) Tiempo (de dia, de noche, en caso de ausencia cierta),

l) Medios que han servido para la perpetracion del crímen,

m) Manera como ha sido perpetrado,

n) Hábito ó no hábito del crímen,

o) Número, carácter y disposicion actual de los culpables,

p) Grado de perpetracion,

q) Consecuencias físicas, morales, privadas y públicas del crímen,

r) Grado de complicidad (autor principal, autor secundario, autor accesorio).

Distinguen tambien las excusas, en cuanto á su fuente ó á la naturaleza de su autoridad, segun que son legales ó indicadas por la ley, ó derivadas de la íntima persuasion del juez, de su conciencia, á las cuales podría llamarse *morales*.

Todas las legislaciones que han dado algun valor á la justicia y tenido un sentimiento reflexivo de ella, se han dedicado á determinar los casos en que el crímen material no debiera perseguirse ó debiera serlo con ménos rigor.

I. Así, la ley romana distinguía una edad hasta la cual no había culpabilidad legal, y sólo reconocía escasa culpabilidad desde dicha edad hasta la mayoría (1).

Si el Areópago condenó á muerte á un niño que había sacado los ojos á unas codornices, puede asegurarse que no se dictaron con frecuencia sentencias de esta índole, y que dicho tribunal se apercibió al cabo de algun tiempo, lo mismo que Quintiliano que discurre sobre este hecho, que este acto de crueldad no era sin embargo un indicio seguro de la futura perversidad de aquel niño (2).

La ley de las Doce Tablas, á pesar de su dureza, había visto al ménos en la menor edad una razon para rebajar las penas (3), y el Digesto aconseja que se tome muy en cuenta (4). El emperador Federico II dice tambien que el niño, á causa de la inocencia propia de su edad, no puede ser culpable de asesinato (5).

Las leyes de los pueblos modernos no pueden prescindir de esta obligada indulgencia: hay, sin embargo, una que se manifiesta en este punto muy severa, aunque generalmente dulce: la ley inglesa, en los delitos de muerte, sujetándose á la máxima *malitia supplet ætatem*, condena al culpable que ha cumplido 8 años (6).

---

(1) L. 3, D., *De injuriis*; *Instit.*, *de obligat. quæ ex delict. nasc*, etc.
(2) Quintiliano, *Instit. orat.*, v. 9.
(3) Tab. II.
(4) Lib. XXI, tít. 1, l. 23, párr. 2; lib. XLVIII, tít. 10, l. 22; libro XLIX, tít. 8, l. 12; lib. L, tít. 17, l. 108; Código, lib. IX, tít. 24, l. 1.
(5) *Constit. sicular.*, lib. I, tít. 13.
(6) Blackstone, II, párr. I.—Por lo demás, la ley hace con frecuencia distinciones que mitigan este rigorismo del principio. Véase Handbuch des englisch. Strafrechts, etc., von Henr. J. Stephen, aus dem englisch. ubers, etc.; von Ernst. Mühry. Goetting., 1843, t. I, p. 7-8.

La ley tártara que rigió en la China desde la conquista de este país por los Mandchues, es más humana en este punto que la mayor parte de

Otras veces no le castigaba hasta despues de los 12 y áun de los 14 años. Es verdad que deja á los jurados la facultad de decidir si hay en estos casos completo discernimiento é intencion verdaderamente culpable; pero estos jurados pueden no usar de esa facultad ó hacer mal uso de ella. ¿Por qué se les ha de conceder? Así se ha visto condenar á muerte á niños de 9 y 10 años.

La antigua ley francesa no veía culpables ántes de la edad de 10 ú 11 años, y no condenaba á muerte á los que no hubieran llegado á la edad de la pubertad. El Código actual (arts. 66-69) es todavía más indulgente y justo.

Las legislaciones modernas se distinguen de las antiguas, no tanto por esta justa indulgencia á la debilidad de los años, como por extender á todos los crímenes el beneficio que de aquí resulta. No se admite ya de una manera tan absoluta que la maldad viene con los años. La suposicion de que un gran crímen material supone siempre un gran criminal, ha subsistido en las legislaciones modernas hasta el último siglo. Sin embargo, desde el siglo XIII, la ley danesa no había considerado culpables á los que aún no llegaban á los 15 años (1).

Por lo demás, segun Jousse, los menores de 20 años no deben tampoco ser castigados tan severamente como si fuesen mayores, ni áun en los delitos atroces, sobre todo cuando apénas han salido de la pubertad (2), invocando en apoyo de esta decision muchas leyes romanas. Pero esta ex-

---

las legislaciones cristianas. «El culpable que no haya cumplido 15 años, »ó que tenga más de 70, ó que hubiese perdido un ojo ó un miembro, po- »drá rescatar una pena que no sea capital, pagando la multa estableci- »da (tan pequeña que casi era ficticia).

»El culpable que no tiene más de 10 años ni ménos de 80, ó que haya »perdido dos miembros, será recomendado particularmente á la conmi- »seracion de S. M. I., para la decision de su suerte, cuando el crímen sea capital.

»En todos los casos en que hallándose las personas en las condicio- »nes anteriormente citadas, hayan robado ó herido á alguno, delitos »que no llevan consigo la pena capital, podrán siempre librarse de la »que les corresponda, pagando la multa establecida: en casos ménos »graves, no se les causará perjuicio alguno.

»El culpable que no tenga más de 7 años ni ménos de 90, no sufrirá »pena en ningun caso.» (*Código penal de la China*, traducido del idioma chino por G. Thom. Staunton, y vertido al francés por Renouard de Saint-Croix, t. I, p. 52-53.

(1) Kolderup-Rosenvinge, *Grundrises*, etc., p. 222.
(2) T. II, p. 617.

cepcion en favor del impúber no es completa, y las leyes citadas por Jousse antes contrarían su tésis que la confirman (1). Muyart de Vouglans pretende, por el contrario, que los crímenes atroces eran castigados en los menores como en los criminales mayores de edad, y se funda igualmente en una disposicion del derecho romano (I, 7, *Cod. de pœnis)*. (2).

De cualquier manera que sea, un hecho aparece probado, y es que las leyes modernas son más indulgentes con la infancia, y áun con la misma juventud, que las antiguas. Así, mientras que la ley romana no consideraba inocencia legal sino hasta la edad de 7 años, muchas leyes modernas no admiten la culpabilidad en el niño hasta despues de los 10, y áun de los 14 (3). La misma ley rusa ha aceptado este criterio (4).

Otras ventajas que presentan las legislaciones modernas respecto á este punto, son:

1.ª Haber atrasado la edad hasta la cual presume la ley falta de discernimiento, llevando así la presuncion de inocencia hasta los 14, 16 y áun 18 años.

2.ª Haber reducido la pena que puede corresponder á los menores de esta edad. Ya una antigua ley española imponía al juez la obligacion de disminuir la pena que correspondía al crímen cometido por un menor de 17 años (5).

La vejez tambien encontró piedad entre los antiguos, y esta piedad era de justicia. Que el anciano que delinque sea castigado, lo merece ciertamente; pero hay penas poco proporcionadas á la debilidad de sus fuerzas, y que serían para

---

(1) V. I, 1, parr. *Impubes*. D., *ad* S. C. Silan; 1 *Excipiuntur*, D. eod. tit.; D., *De minorib.* XXV *ann.*, l. 1, *in princip.*; D., *De quæstionibus.*

(2) *Leyes criminales de Francia*, p. 27.

(3) *Código penal general de Austria.* 1.ª parte, art. 2, y 2.ª parte, art. 4.—*Código del Brasil*, arts. 10, 11, 13 y 18.—*Código de la Luisiana* (proyecto), arts. 29 y 30.

(4) Reconoce que los niños menores de diez años no deben padecer ninguna pena y que los crímenes por ellos cometidos no deben perjudicar en nada á su porvenir. Los niños de diez á catorce años no pueden ser condenados ni á trabajos forzados, ni al knout, ni á la plecta administrada públicamente. De catorce á diez y siete años, pueden ser condenados á trabajos forzados, pero no sufren penas corporales infamantes. De once á quince años incurren en el castigo de azotes por delitos de poca importancia; de quince á diez y siete, se les impone la plecta por la policía (correccion). (*La Rusia bajo Nicolás I*, por Ivan Golovine, p. 404.

(5) Gomez, *Tractatus de delictis*, I, 63, vers. *Sed hodie.*

él, ó un suplicio, ó una pena capital disimulada. En cuanto á la pena de muerte, sin contar con lo poco saludable que es para la moral pública ver subir al cadalso á una cabeza decrépita cubierta de canas, es necesario convenir en que los hombres de esta edad son poco peligrosos para las sociedades y no pueden ser por mucho tiempo una carga para el Estado; y si la pena de muerte debe fundarse en la necesidad de la defensa y en el interés público, estos dos motivos son aquí bastante poco poderosos. En China, la extrema vejez, como la infancia, están libres del suplicio: se hace más; se perdona en favor del anciano á un hijo criminal, siempre que el perdon no perjudica los intereses del Estado (1).

Todavía habría mucho más que hacer. No hay duda de que un menor de más de 16 años no tiene toda la libertad ni toda la reflexion de la edad madura, y por lo tanto, sería justo no castigarle tan severamente como al hombre formado, sobre todo cuando se trata de la pena de muerte (2), ó de penas perpétuas ó infamantes.

¿No sería tambien justo que hubiese excusas legales á favor de los sordo-mudos? (3) En verdad que no se puede por ménos de reconocer en éstos circunstancias atenuantes, pero sería mejor que la ley las determinase (4). El derecho consuetudinario anglo-sajon consideraba irresponsable al sordo-mudo, ménos quizá porque le reputase inocente, que porque no podía ser oido en su defensa (5). Hoy no existiría la misma pena, por lo ménos en igual grado, principalmente para los sordo-mudos que han recibido los beneficios de la instruccion, segun los métodos más ó ménos ingeniosos inventados por el génio de la filantropía.

II. La completa demencia ha sido considerada siempre como una excusa perentoria; pero si es fácil de reconocer el principio, su aplicacion ofrece cuestiones de hecho

---

(1) *Memoria sobre los Chinos*, t. IV, p. 157.

(2) Los Códigos de Parma, de los Estados romanos y de Nápoles, han entrado ya en este camino.

(3) El Código sueco los excusa cuando no ha sido capaz de apreciar la ilegalidad de la accion.

(4) Véase sobre la cuestion de la *edad en el derecho penal* un notable artículo de M. Ortolan, *Revue de legislation et jurisprudence*, 1843, t. I, 463.—El art. 66-69, 70, 71, C. pen.

(5) Si quis mutus vel surdus natus sit, ut peccata sua confiteri nequeat nec inficiari, emendet pater scelera ipsius. Houar, *Tratado sobre las costumbres anglo-normandas*, etc., 4 vol. en 4.°, París, 1766, t. I, p. 92. Leyes de Alfredo.

y áun de derecho, en que es muy frecuente equivocarse.

En primer término, se puede muy bien ser engañado: la demencia puede ser fingida, ó exagerada siendo verdadera.

Por otra parte, ¿qué se entenderá por locura? ¿Los mismos hombres del arte tienen á la hora presente ideas bastante claras, hechos bastante numerosos y bien comprobados para que el legislador pueda proceder con acierto en esta materia? No vacilo en asegurar que no. Las observaciones y los razonamientos de los médicos y de los psicólogos sobre este asunto distan mucho de ser satisfactorios: la sinonimia de las palabras destinadas á caracterizar las diferentes enfermedades del espíritu acusa ya la imperfeccion de las clasificaciones, y quizá la de las observaciones y razonamientos que les sirven de base. Leánse los trabajos de los dos Pinel, los de Georget, de Esquirol, de Broussais, de Marc, etc., y se echará de ver muy pronto que la luz del análisis intelectual no ha disipado en estos autores la oscuridad en que está envuelta la cuestion fundamental.

¿No es ya esta ignorancia una poderosa razon para tratar con benevolencia al desgraciado que ha perdido el espíritu ó la libertad, y á veces el uno y la otra?

Indudablemente, hay grados en extension como en intensidad en estas enfermedades intelectuales y morales; pero ¿quién puede apreciarlos? ¿Y no debe la conciencia del juez precaverse, así contra la excesiva indulgencia como contra la severidad extremada? Mas, en caso de duda, ¿no es ésta ya una razon para equivocarse en sentido de la clemencia ántes que del rigor?

De cualquiera manera que sea, los jurisconsultos distinguen hace tiempo el caso en que la locura ha precedido al crímen, de cuando es posterior á él (1).

En el primer caso hacen todavía la distincion de si el crímen se ha perpetrado en estado de locura ó en un intérvalo lúcido.

Es claro que, si el estado de locura fuese habitual y notorio ántes del delito, hay la presuncion de que éste ha sido cometido en aquel estado; y si no hay pruebas contrarias suministradas por el que persigue el delito, debe declararse

(1) ¿No se podría preguntar en este caso, si el crímen era objeto de un primer acceso?

la inculpabilidad, y no há lugar á la aplicacion de ninguna pena, ni aflictiva, ni infamante, ni pecuniaria.

Si se reconoce, por el contrario, qne el delito ha sido cometido en un intérvalo lúcido, es necesario distinguir todavía si los intérvalos son más ó ménos sanos, más ó ménos distantes, ó más ó ménos largos, y si el delito está más ó ménos cercano al momento en que puede considerarse el grado más perfecto de lucidez. En todo caso habrá lugar á admitir una atenuacion en la culpabilidad, y por consiguiente en la pena, principalmente si los intérvalos lúcidos no son ni muy frecuentes ni muy largos.

Las monomanías presentan otras dificultades, de las cuales no tenemos necesidad de ocuparnos. Diremos sólo que es menester no admitirlas con ligereza (1); que no se presumen, y que sólo pueden establecerse sobre un gran número de hechos morales y otros que concurren á mostrar con la última evidencia la ceguedad moral del agente ó la fatalidad de su accion. Deben igualmente examinarse el orígen moral de este estado y su grado de intensidad; pero suponiendo que el indivíduo tocado de esta afeccion moral merezca reproche en la manera como, por decirlo así, se ha entregado ó abandonado á ella, ¿puede hacérsele completamente responsable de los actos que no hubiera previsto, ó que, previéndolos, hubiera procurado constantemente evitar, hasta que, arrastrado en sus movimientos casi lo mismo que el hidrófobo, ejecuta maquinalmente un acto, cuya idea fija le sojuzga y tiraniza? No es esa nuestra opinion, aunque hubiera desaparecido el horror de este acto y se hubiera vuelto frenético su deseo. Este mismo frenesí es una parte de la enfermedad.

La manía homicida puede ser muy bien el resultado de un deseo culpable, largo tiempo alimentado en el secreto de la conciencia, y entónces ninguna muerte podría culparse en princípio.

¿Pero es necesario castigar los deseos, los actos interiores, ocasionales ó lejanos, ó limitarse á aquellos que son mediata (pero con idea de la posibilidad y áun de la probabilidad de los actos) ó inmediatamente queridos? Somos de esta última opinion; porque no se es responsable sino de lo

---

(1) Consúltese sobre este punto á M. Elías Regnault, *De la competencia de los médicos*, etc.

que se prevee y se quiere con conocimiento directo ó indirecto; porque, de lo contrario, hallaríanse el legislador y el juez en el peligro inminente de hacer entrar la moral en el derecho, y una moral por cierto muy severa; y en fin, porque hay algo misterioso para los hombres en esa relacion de las inclinaciones, de los deseos, etc., con los actos.

¿No se debe tener tambien en cuenta otro orígen, posible algunas veces, de la manía homicida, del infanticidio, por ejemplo? Asalta á una madre la idea de matar á su hijo: al principio la horroriza y es violentamente afectada, rechazándola con espanto; pero la idea se le representa de nuevo; el horror será el mismo; la idea concluirá por convertirse en una obcecacion; la imaginacion quedará subyugada, resultando de ello una especie de fascinacion interior; la libertad desaparecerá casi por completo, y se consumará el infanticidio.

Si hay aquí causa próxima ó lejana, ¿no hay tambien enfermedad, ó una gran desgracia? ¿Y no sería demasiado duro aplicar en este caso el *máximum* de la pena?

¿Y qué diremos del fanatismo? ¿Deberá castigársele como si el juicio estuviera sano? No lo creemos, aunque el error sea imputable por muchos conceptos.

Los criminalistas distinguen todavía las épocas en que aparece la locura despues del delito. ¿Es ántes, durante ó despues de la instruccion, ántes del juicio ó despues del juicio? Ya se comprenderá toda la importancia de estas distinciones.

En general, no se puede castigar más que á un culpable, y nadie lo es hasta despues del juicio: por otra parte, no hay juicio posible sin instruccion, debates y, por consiguiente, defensa: si no pueden verificarse todos estos actos del procedimiento criminal, no hay condena posible. Es verdad que pueden suspenderse y reanudarse luégo en los intérvalos lúcidos, pero esto es rigoroso y no carece de peligros para la inocencia ó la salud intelectual del acusado. Lo mejor, más humano y más seguro, sería, por lo tanto, esperar una completa curacion. Sólo faltaría saber cuándo tenía lugar ésta; pero podría presumirse fácilmente, segun la naturaleza y la marcha ordinaria de la enfermedad, y consultando ademas á los hombres de ciencia.

Si la accion pública ó la pena debían prescribir, tampoco habría en esto una derogacion de los preceptos legales,

puesto que el derecho romano admitía con razon que el loco está bastante castigado con su misma locura: *furiosus furore ipso punitur*.

Pero si el condenado ha recobrado el buen juicio ántes de prescribir la pena, nadie duda que le puede ser aplicada, aunque sea la de muerte. Habría, sin embargo, excesivo rigor, si se aprovechase un momento lúcido para aplicar la pena de muerte, y sería bárbaro ejecutar á un hombre demente, como quería Rousseau de la Combe para el crímen de lesa-majestad (1). ¿Qué efecto moral se alcanzaría con semejante ejecucion? Sólo la compasion se apoderaría del público, y si pudiera despertarse otro sentimiento, sería el de la indignacion antes que el del terror.

Las legislaciones antiguas y las modernas han tenido para la demencia casi la misma equidad (2); pero la humanidad no ha sido en todas partes la misma. Ademas, no siempre se ha tenido la misma idea de la demencia, particularmente de esa demencia parcial que se conoce con el nombre de monomanía; demencia que reconoce la ciencia médica de nuestros dias y que ha sido admitida por la práctica jurídica. La locura es hoy mejor comprendida que otras veces, á pesar de lo mucho que resta todavía por conocer de ella para descorrer por completo el velo que cubre esta afliccion.

En una época en que las penas eran arbitrarias, el juez, como hoy el jurado en los países donde existe esta institucion, podía apreciar todas las circunstancias propias para reducir la culpabilidad, y, por lo tanto, la locura.

Los antiguos criminalistas habían querido tambien que, en caso de duda, la presuncion estuviese á favor del acusado (3); pero no se veía una afeccion moral en todas partes donde realmente la había. La medicina moderna, con sus observaciones y sus análisis, tiende claramente á hacer más equitativa la apreciacion de los delitos, dando á conocer

(1) Y como lo ordenó el sanguinario Enrique VIII, cuyo estatuto fué reproducido por los estatutos 1 y 2 de Felipe y de María, c. 10. Véase Blackstone, *Código crim. de Ingl.*, t. I, p. 21.

(2) L. 3, párr. 1., D., *De injuriis et fam. lib.*; *Constit. sicul.*, I, 13;—*Cód. prus.*, arts. 16 y 18;—*Cód. pen. de Austr.*, art. 2, párr. 1 y 2;—*Cód. ingl.*—J. Stphen, *Summary of the crim law*, c. 2, p. 8, t. I, ed. alem.—*Los Códigos de los Estados-Unidos*;—*Cód. de Nápoles*, de las penas y de las reglas, art. 61;—*Cód. del Brasil*, tít. 1, art. 3;—*Cód. pen. franc.*, art. 64.

(3) Farinacius, *quæst.* 38, núm. 8.

cada dia más la inmensa variedad de enajenaciones y sus numerosos grados (1).

III. Entre las excusas perentorias ó hechos justificativos ponían tambien los jurisconsultos el sonambulismo: *dormiens furioso æquiparatur* (2). La ley romana compara al loco con un hombre sumido en el sueño (3): pero ¿compara al sonámbulo con el hombre demente ó con el que duerme un sueño tranquilo? Eso es lo que no vemos claro.

Carlo-Magno, en sus Capitulares, resolvió la cuestion afirmativamente: el sonámbulo homicida no sufría ninguna pena; era asimilado al niño ó al hombre demente (4).

La antigua jurisprudencia hacía distinciones: si el sonámbulo conocía su estado, y no se ponía en la imposibilidad de ejecutar un crímen haciéndose vigilar, era responsable de sus actos: lo era igualmente si ratificaba su accion criminal en estado de vigilia. Esta segunda hipótesis no ofrece ninguna dificultad; pero la primera sólo puede sostenerse excepcionalmente, es decir, en el caso en que el sonámbulo se creyera expuesto al peligro próximo de cometer un delito y pudiera tomar las precauciones necesarias para impedirlo. Pero ademas de que el sonámbulo no es siempre un gran señor que pueda tener á su lado un ayuda de cámara para espiar todos sus movimientos y vigilarlo, ¿no puede suceder que el crímen se conciba y cometa durante el estado de sonambulismo, ya voluntaria, ya accidentalmente?

---

(1) V. los tratados de medicina legal de Esquirol, Georget, Orfila, Guislain (holandés) y Stande (inglés). Sedillot en su *Manual*, p. 97-219, considera las pasiones violentas como estado de locura.—Packbuschius, J. F., *De homicida delirante ejusque criteriis et pœna*, Lips, 1723; Mittermaier, *De alienationibus mentis*, oratio dicta Heidelbergœ, 1825; disertacion publicada en el diario (*Zeitschrift*) de Hitzig, núm. 10, página 394; Howitz, *Om affindighed og tilzegnelse*, y *Bidrag til psycologiæ og retsaeren* en el *Juridisk Tedskrift* de Oersted, t. VIII, núm. 1, 1824; y sobre todo la *Enciclopedia del derecho público*, en danés, en donde se encuentra una disertacion de Schlegel sobre este punto, p. 549, vol. de 1825. Hállanse otras indicaciones bibliográficas preciosas sobre esta materia, como sobre todas las partes del derecho criminal, en J. M. F. Birbaum, *De peculiari ætatis nostræ jus criminale* reformandi studio, etc., Lovan., 1828. No hablamos de los *Archivos del derecho criminal* (en alem.), de M. Mittermaier, obra la más rica que existe en documentos de este género.

(2) Farin, *quæst.* 98, núm. 70; Jul. Clar., *q.* 50, núm. 13.

(3) L. 2, párr. 3, D. *De jure codic.*; l. 1, párr. 3, D. *De acq. vel amitt. possess.*

(4) *Cap. si furiosus*. Extr., *De homicid. vol. vel casu*.

¿Por ventura la voluntad del sonámbulo es imputable al hombre despierto? Tal es la cuestion. Segun las modernas observaciones sobre el estado de sonambulismo y sus afinidades con el sueño magnético, parece que los fenómenos del estado de vigilia y los del sueño forman como dos corrientes distintas, paralelas, que pueden ser muy diferentes la una de la otra, y entre los cuales no establece lazo alguno la memoria, á diferencia de los ensueños en el estado de sueño ordinario. Si así fuera, como todo lo hace creer, no se podría castigar en el hombre despierto los crímenes cometidos por el sonámbulo.

Pero compréndese tambien cuán delicada es la aplicacion de este principio, y cuán difícil sería probar que un criminal no se hallaba en el estado de sonambulismo. ¿Qué testimonios invocan? ¿Los de la familia; los de los amigos? Estos serían favorables ó nulos. Y por otra parte, ¿se podrían invocar con otro título que con el de simples referencias? ¿Y qué se iba á decidir con tan débiles pruebas?

Correspondería, pues, al acusado probar que se hallaba en estado de sonambulismo. Él puede afirmarlo; ¿pero cómo lo probará, á ménos que sea notorio á todo el mundo que se halla sujeto á ésta especie de enfermedad? ¿Y no podría tambien haber concebido y cometido su crímen simulando su estado habitual?

En vista de tan sérias dificultades compréndese: 1.° que el Código penal francés no haya querido establecer una presuncion en favor del culpable en estado de sonambulismo; 2.° que haya guardado en este punto un completo silencio, puesto que en todo caso el acusado que se dice sonámbulo está obligado á probar que se hallaba en ese estado cuando cometió el crímen.

Aun suponiendo que no haya relacion, mediante la memoria, entre los estados de sonambulismo y los de vigilia, ¿no hay otros que conservan las ideas, los sentimientos y las pasiones, y que permiten considerar al criminal sonámbulo como participando de los sentimientos que experimenta en el estado de vigilia, y por consiguiente, como continuando hasta cierto punto este mismo estado? En otros términos: es posible que no se sepa en el estado de vigilia lo que pasa en el estado de sonambulismo; pero la recíproca no es probable: se reconoce en psicología que la imaginacion, áun en los sueños en general, no inventa ninguna

percepcion, y que sólo reproduce, modifica y combina las percepciones de la vigilia. La vida intelectual del sonámbulo, no puede ser, por lo tanto, otra cosa que la del mismo hombre en el estado de vigilia con modificaciones más ó ménos considerables. ¿Quién creería, por ejemplo, que un indivíduo que tuviese un enemigo á quien profesara un ódio mortal, sería tan poco culpable, si llegara á matarle en estado de sonambulismo, como si no le hubiera conocido jamás, ignorase su paradero, etc.?

Todo lo que se podría alegar en su descargo, es que no había gozado de plena libertad y que tiene derecho á alguna indulgencia.

IV. Montesquieu ha hecho observar muy bien que el uso de bebidas embriagadoras no es igualmente imperioso, ni igualmente peligroso en todas partes, y que si la ley castiga la borrachera y áun la embriaguez voluntaria, hay razones para que la pena varíe con los climas y los usos de los países.

Tambien las hay para que sea castigada con más ó ménos severidad en un mismo país. Es más reprensible embriagarse si se pueden comprometer en este estado otros intereses que los suyos propios, y principalmente cuando se han solicitado funciones que hacen al indivíduo responsable en más alto grado de la gestion de los intereses ajenos. No debe, pues, extrañar que la más leve sospecha de intemperancia fuese obstáculo suficiente para la admision de un arconta en el seno del Areópago, y que otro arconta, sorprendido en público en estado de embriaguez, fuese condenado á muerte (1), por más que la pena hubiera sido excesiva.

Sin embargo, la embriaguez no es más que una falta contra la moral y una ocasion propiamente dicha de delito, no siendo por lo tanto penable más que, á lo sumo, con una pena de simple policía.

Los antiguos jurisconsultos no estaban de acuerdo sobre si la embriaguez debía excusar ó no. Algunos filósofos, tales como Aristóteles, precedido en esto por Pittacus, rey de Corinto, y seguido por legisladores y criminalistas modernos, llegan hasta decir que hay una doble culpabilidad

(1) Athen., lib. XIV; id. X; Plutarco, *Vida de Solon.*

en los delitos cometidos en estado de embriaguez: la falta de haberse puesto en ese estado, y por consiguiente, el haber querido implícitamente el acto culpable derivado de él, y la falta de haberlo realmente cometido.

Esta es una decision que no sería justa ni áun bajo el punto de vista puramente moral. Indudablemente el que se embriaga sin tener la intencion de cometer un crímen y sin embargo tiene la desgracia de cometerlo despues de haber perdido la razon, es apénas culpable de haberse expuesto á ello sin haberlo previsto ni querido: de otra suerte sería menester castigar al borracho por todos los crímenes que podría cometer en aquel estado.

La ley romana, que veía en la embriaguez una circunstancia atenuante (1), era, pues, más razonable que el edicto de Cárlos V (2) que castigaba doblemente el delito de un hombre borracho, como querían Aristóteles y Balde.

Francisco I fué tambien muy severo contra la embriaguez (3), ordenando que, si alguien cometía un crímen en ese estado, se le impusiera la pena correspondiente al delito, y ademas por razon de la embriaguez se dejaba al arbitrio (4) del juez (5).

Segun esta misma ordenanza, la embriaguez que no iba seguida de ningun otro delito, era castigada en sí, no ya al arbitrio del juez, sino con penas determinadas en dicha ordenanza (6).

---

(1) L. 6, §. *Qui se vulner.*, D., *De re militari;* L. 2, D., *De pœnis;* L. 12, Cod., *De custod. et exh. reor.*

(2) Año 1531; Damhonderius, *Prat. crím.*, c. 84, núm. 20.

(3) Orden del 31 de Agosto de 1536, c. 3, art. 1.

(4) A imitacion de los criminalistas de los siglos XVII y XVIII se podría conservar á la palabra *arbitrio* el sentido de apreciacion concienzuda ó de poder discrecional del juez, aunque no se trate de fallar entre intereses opuestos ó en materia de policía. La palabra arbitrario no es muy propia para expresar esta idea.

(5) Filangieri, que dista mucho de ser cruel, quiere tambien que el crímen cometido en estado de embriaguez, sea doblemente castigado, lib. III, part. 5, c. 13. *Scienza della legisl.*

(6) «Al que se encuentre borracho, sea inmediatamente detenido y preso á pan y agua por primera vez; si fuere cogido por segunda, ademas de la pena anterior, se se le dará de palos en la cárcel, y á la tercera, será azotado públicamente, y si fuese incorregible, se le castigará con la amputacion de una oreja, con la pena de infamia y de destierro. Y si despues de esto es enviado á los jueces, cada uno en su territorio y distrito debe vigilarle diligentemente.» V. *Teoría del cod. pen.*, t. I, y p. 514, por MM. Chauveau y Helie.

En Inglaterra la embriaguez es castigada con multa; y si en este estado se comete algun delito, se considera como circunstancia agravante. Un hombre borracho, dice Ed. Coke, es un demonio voluntario, responsable de todo el mal que pueda hacer en el calor del vino (1).

La ley romana era, pues, más sábia que estas leyes modernas. El Código austriaco decide que «ninguna accion ú omision constituye, delito cuando el autor se halla en plena embriaguez, á no ser que se haya puesto en él con la intencion directa de cometer el delito, ó cuando tienen lugar otras perturbaciones de los sentidos durante las cuales no es dueño de su accion (2).

Esta excepcion, prevista ya por los antiguos jurisconsultos, me parece poco razonable en la manera de concebirla: supone, por una parte, que es completa la embriaguez, y por otra, que la presencia de ánimo es bastante grande para que el proyecto concebido ántes de la borrachera persista en el espíritu y vaya seguido de la ejecucion. La hipótesis nos parece tan contradictoria como mal fundada la excepcion, porque el hombre que trata de emborracharse y quiere hacerlo hasta el punto de perder la razon, no hace más que concebir y preparar un crímen, cuya ejecucion no ha comenzado todavía, ademas de que por ese medio se dispone á olvidarlo ó á que le falte la accion, y por lo tanto, á no ejecutarla. Si pues hay voluntaria y completa embriaguez y tiene lugar el crímen, ya sea consumado, frustrado ó interrumpido, el autor de tal atentado ó de tal crímen no debiera ser castigado—si podía serlo por este concepto—sino como habiendo concebido y preparado el crímen. Si ha hecho algo más, se reconoce por la hipótesis que es en un estado de completa borrachera, y en este caso no hay delito intencional sino simplemente delito material.

Reconocemos que los criminales que se embriagan ántes

---

(1) *Código crim. de Ingl.*, Blackst., t. I, p. 22; J. Steph., *Summary of the criminal law*, 1834, t. I, p. 10, de la traduccion alemana que seguimos. La embriaguez es castigada con una multa por la ley sueca, *Rev. de legisl.* de M. Fœlix, t. I, p. 334. Lo es igualmente, y con una multa bastante fuerte, en los cantones de Uri y Unterwald. Castígase allí con la misma pena á los que inducen á otros á beber con exceso y á los taberneros en cuya casa se emborrachan, id., II, 90. En Rusia el que es sorprendido en estado de embriaguez, se le condena á una multa y á barrer las calles. (Ivan Golovine, *La Rusia bajo Nicolás I.*)

(2) *Cód. austr.*, part. I, secc. I, cap. I, art. 2, trad. de M. Foucher.

de cometer un atentado, lo hacen más bien para enardecerse y aturdirse en el peligro, y para alegar más tarde su estado como una excusa, que para ponerse en la imposibilidad de ejecutar su designio. Lo perderían todo si extremasen su estado de embriaguez, porque se expondrían sin esperanza de éxito ni de salvacion, y por el contrario, no podrían hacer cosa mejor si quisieran distraerse de la idea tentadora del crímen: este sería un medio de ponerse fuera de toda condicion para ejecutarlo y áun de pensar en él.

Si la embriaguez no es completa, si sólo ha sido producida en un grado propio para dar el valor y las fuerzas necesarias para dominar la debilidad ó la emocion que acompañarían al estado ordinario, entónces la excepcion sólo presenta un sentido, y el culpable se hace acreedor á toda la pena, si no militan en su favor otras circunstancias. Entónces tienen razon Aristóteles (1), Quintiliano (2), las leyes de Cárlos V y de Francisco I, los estatutos de Inglaterra, el Código penal austriaco en su excepcion y el de la Georgia, en el sentido de que la pena debe ser la misma que si no hubiese tenido lugar la embriaguez voluntaria; pero no tienen razon los que quieren que sea mayor esta pena, ó que sólo quieren aplicarla á los delitos atroces (3).

Los que se declaran por esta última distincion, apártanse áun de la verdad cuando la embriaguez es involuntaria é incompleta, sobre todo cuando es ocasionada accidentalmente, por sorpresa (4), y no es explotada para un fin criminal. Es claro que entónces las circunstancias atenúan la falta, y esta atenuacion es independiente de la naturaleza del crímen, mirando sólo al estado del agente, sea lo que quiera lo que pudiera hacer.

La embriaguez, pues, no puede ser un motivo de excusa sino en los casos en que sea voluntaria y completa, ó cuando, sin ser completa, haya sido involuntaria, pero sin premeditacion del crímen cometido. Si hay la costumbre del crímen en el estado de embriaguez, este estado involuntario es ménos excusable si el hábito mismo de los alcoholes, la tiranía de este hábito y la progresion perdida de la fuerza

---

(1) *Ética*, I, 34.
(2) *Inst. or.*, VII, 1.
(3) Muy. de Vougl., p. 15.
(4) Como lo ha previsto el *Código de Georgia*, 1.ª div., secc. 9.

intelectual necesaria para resistir á ella, no forman una compensacion suficiente á lo que hay de agravante en esta circunstancia.

De cualquier manera que sea, el Código brasileño exige, para que haya circunstancia atenuante en la embriaguez: 1.° que el delincuente, ántes de ponerse en este estado, no haya concebido el proyecto del crímen; 2.° que no se haya embriagado para animarse á la perpetracion del mismo; 3.° que en el estado de embriaguez no haya hábitos criminales (1).

Hay posiciones en que la embriaguez puede ser considerada como una contravencion, á causa de los peligros á que expone, por ejemplo, en los marinos. Así pues, leyes especiales pueden castigar con razon la embriaguez en los casos previstos, como lo hizo la ley francesa del 22 de Agosto de 1790 (art. 18).

El hecho de la embriaguez, la manera cómo ha sido ocasionada, su grado y su influencia, todo esto se tiene en cuenta en la apreciacion de los hechos.

Pero al que alega la embriaguez corresponde probarla, como todas las demas excusas; y sólo se exceptúan los casos en que es contraria la presuncion natural, como por ejemplo, si se trata de un hombre notoriamente conocido por loco.

V. La *violencia* física que hace de nuestro cuerpo, de nuestros miembros, á pesar de todos los esfuerzos de resistencia de que seamos capaces, un instrumento de delito nos pone á cubierto de toda responsabilidad, puesto que no hay accion libre de nuestra parte. Hemos empleado, por el contrario, todas nuestras fuerzas para prevenir el delito, y no somos, por lo tanto, más responsables en este caso, que quien procura impedirlo sin poder.

Pero es raro que un malhechor se sirva así de un brazo ajeno para cometer un crímen: esto sería malgastar sus fuerzas y arriesgar el éxito asegurando el castigo.

La coaccion moral es mucho más frecuente: se ejerce sobre la voluntad por el temor, la autoridad ó el respeto, ó por la inminencia de un gran peligro. De aquí lo que se llama *jus necessitatis*.

En moral reconócese que el temor, por grande que sea,

---

(1) Trad. de M, Foucher, p. 12.

no es un motivo suficiente para hacer el mal, y fuerza es convenir en que el derecho estricto no se inspira en otro principio, y que la injusticia no pierde nada de su carácter por haber sido cometida bajo la presion de un grande y poderoso peligro.

Sin embargo, los legisladores, teniendo en cuenta la debilidad de la mayoría de los hombres, han estado generalmente conformes en que, si el temor es de tal naturaleza que puede quebrantar un gran valor, si se trata de evitar por medio de un delito un gran mal físico y moral, como la pérdida de la vida, de la libertad, de un miembro, del honor y á veces de los bienes, puede haber en esto excusa completa ó parcial. Pero es necesario que el peligro sea ademas inminente, que no pueda evitarse de otra manera, ya oponiendo la resistencia personal, ya invocando el apoyo de una fuerza extraña, ya dilatando la ejecucion (1).

Si se tratase de cometer un homicidio mandado bajo pena de la vida, sería ménos malo, siendo las dos cosas iguales, matar al que impusiera semejante crímen, que poner la mano homicida sobre un inocente (2), á ménos que quien manda el crímen sea un personaje muy útil al Estado; pero entónces debe uno abstenerse, aunque se pague con la misma vida la abstencion.

Quien alega la violencia está obligado á probarla, y en el caso en que no tenga ningun testimonio que aducír, los jueces deben examinar atentamente los hechos y ver si suficientes presunciones no permiten usar de indulgencia. La ordenanza de Cárlos V, art. 143, traza sobre este punto muy prudentes reglas (3).

Nuestra antigua jurisprudencia no admitía en principio excusa perentoria por causa de coaccion en caso de homicidio; pero si la coaccion era suficientemente probada y reunía los caractéres exigidos para excusar, el príncipe concedía el indulto (4).

---

(1) L. 184. D., *De reg. jur.*; L. 6, D., *Quod metus causa gest.*; L. 6, eod. tít.; L. 13, c., *De transact.*; L. *Si quis*, 49, pár. fin., D., ad, leg. Aq.; L. 9, l., *De his quæ vi metu*, etc.; L. 45. par. 4, D., ad. leg, Aq.; L. 4, par. 1; L. 5, D., ad. leg, Aq.; L. *Scientiam*, 45, D., par. *penult. ad leg*. Aq.; L. 3, D., *De vi et vi armata*

(2) Esta es la opinion de Blackstone, *Com.*, t. I, p. 25.

(3) V. *Muy de Vougl.*, p. 33.

(4) Id., p. 84. V. tambien Jousse, t. II, p. 625-627.

Nuestro código penal no busca este rodeo; segun él, la coaccion es una excusa perentoria (1).

No son ménos positivas en este punto la mayor parte de las legislaciones modernas (2), las cuales indican las circunstancias que dan á la coaccion el carácter de excusa legal. Es justo no sujetarse al punto de vista absoluto ó abstracto que parece haber sido el único de las antiguas leyes. Es necesario tambien tener en cuenta el sexo, el carácter, y en una palabra, las disposiciones particulares de la persona sometida al miedo. Puede, por lo tanto, considerarse el artículo 1.112, pár. 2.° del Código Napoleon, como una explicacion del art. 64 del código penal francés.

Se debe tambien comparar la naturaleza del delito cometido, su gravedad, con la naturaleza y el grado del daño que el agente ha querido evitar. Esta comparacion es muy importante, y ha podido conducir al agente á la idea y quizá á la intencion de cometer fácilmente un mal menor para evitar otro más grande: puede tambien dar al delito un carácter extraordinario de gravedad, por ejemplo, si bajo pretexto de que un noble ó un militar no pueden huir sin deshonrarse, uno y otro fueran más excusables al ceder á esa especie de temor, convirtiéndose en criminales por no parecer cobardes, que al permanecer inocentes huyendo del peligro. No podemos, pues, aceptar la opinion de un criminalista del último siglo sobre esta alternativa (3). Si se quería hacer al militar y al hidalgo esclavos de un deber, habría sido preferible someterles á la justicia con peligro de su propia vida, que á la opinion con peligro de la vida ajena.

Las necesidades y los deberes del servicio militar han hecho preguntar si el soldado no debería ejecutar pasiva y ciegamente las órdenes de su jefe, cualesquiera que fuesen, haciendo recaer sobre éste toda la responsabilidad legal y moral.

Es una especie de fanatismo el pretender que el principio de la obediencia gerárquica no puede nunca tener excepcion. Hay casos tan evidentemente inmorales é injustos, que la órden, aunque feuse dada por un ángel, debiera pasar me-

---

(5) Art. 64.

(6) Tales son las leyes de Inglaterra, de Austria y de los Estados Unidos.

(1) *Muy. de Vougl.*, p. 33.

jor como un delirio ó una alucinacion que obligar á los hombres en contra de su conciencia. Un jefe militar puede además, salirse de la esfera de sus atribuciones, apartarse de tal modo de sus deberes que sea manifiestamente, ó un insensato, ó un malvado, ó un traidor. Hay, pues, un límite á la más absoluta obediencia militar: tal es la evidente infraccion de la ley que la autoridad militar tiene el deber de respetar, sometiéndose á ella de una manera ejemplar. La decision de Grotius, de Benjamin Constant, de Rossi y otros que no admiten la absoluta obediencia pasiva, nos parece preferible á la de San Agustin que sostenía lo contrario (1).

Lo mismo debe decidirse, y con mayor razon, por la superioridad intelectual de los inferiores, y por no ser en este caso tan necesaria la obediencia, en las relaciones de la autoridad civil ó religiosa con los subordinados (2).

Sin embargo, como la ley no puede conspirar ni delirar, y como importa que no pueda ser juzgada ni por los ciudadanos ni por los magistrados, nadie puede ser culpable jurídicamente haciendo lo que ella manda. No sucede lo mismo bajo el punto de vista moral. Empero la inmoralidad de la ley no se presume, sino todo lo contrario.

Los ordenanzas de los príncipes, que no poseen por sí solos el poder legislativo, las disposiciones administrativas y los fallos de los tribunales, deben tambien reputarse moralmente justos, y jurídicamente irreprensible al indivíduo que á ellos se somete.

Mientras más desciende la autoridad, más se debilita; porque descendiendo se expone á perder cada vez más su imparcialidad é inspiracion; y los intereses que protege y los derechos que hace valer van tambien decayendo: hé aquí por qué los abusos de autoridad del padre, del marido y del señor son excusas ménos poderosas que los del jefe militar ó del soberano. Esto sucede particularmente con la autoridad del señor: el servidor, en los países civilizados, no es ya el esclavo de los tiempos y de los países bárbaros: el poder del señor no se parece hoy en nada al que ejercía

---

(1) V. Grot., *Del derecho de la guerra*, etc., lib. II, c. 16, parr. 4; Benjamin Constant, *Curso de política constitucional*; Rossi, *Tratado de derecho penal*.

(2) Sin duda, por esta razon, es muy indulgente la ley inglesa con la mujer que delinque en presencia de su marido. (J. Stephen, *Summary of the criminal law*, t. I, p. 11.)

en las sociedades esclavistas. Al doméstico, pues, no puede excusarle más que á un extraño la coaccion moral de parte de sus señores.

Bajo el régimen feudal, un estatuto de Casimiro el Grande, rey de Polonia, había decidido que nadie pudiese alegar la órden de su señor para justificarse de su crímen (1).

En caso de duda de parte del inferior, del subordinado, debe presumirse que las órdenes del superior son legítimas, en cuyo punto ha enmendádo con razon Barbeyrac á Grotius.

En las épocas ó en las paises en que la autoridad paterna, marital, heril, señorial, etc., tiene un carácter de omnipotencia y de brutalidad, que no posee ya allí donde se estima en algo la personalidad humana, la excusa debe admitirse más fácilmente. Es necesario tener en cuenta tambien la edad, la instruccion, la posicion relativa, y, en una palabra, todo aquello que puede hacer la voluntad del que manda más imponente para el que obedece. Estas consideraciones explican suficientemente la excesiva facilidad con que los antiguos echaban las faltas de los hijos sobre los padres que les habían mandado, las de las mujeres sobre los maridos y las de los esclavos sobre sus señores. Este era un modo de separar en parte la extrema severidad y áun la injusticia de la constitucion de la familia y de la sociedad.

Es necesario no confundir la coaccion física, tal como la hemos definido al comienzo de este párrafo, con la *fuerza mayor* ejercida por las cosas inanimadas, ó por los séres vivos. Aquí puede mezclarse el acto del hombre; pero si no existe la intencion de dañar, en vano se considerará perjudicial este acto, ni se le podrá imponer pena como no sea alguna de policía, si ha habido imprudencia. La reparacion del perjuicio no es una pena propiamente dicha.

La extrema necesidad de comer ó de vestir no puede compararse á un caso de fuerza mayor ó de violencia: en aquélla todo es intenso y personal. El que, obligado por necesidades de esta índole, comete un robo, puede ser más ó ménos disculpable, pero no es inocente (2).

---

(1) *Estatuto Vislica* de 1347.

(2) El Código sueco declara inocente al que para evitar un gran peligro, se apodera de los bienes ajenos. La ley inglesa es ménos indulgente

Puffendorf y Grotius han confundido la moral con el derecho, sosteniendo que había en este caso excusa jurídica. La razon que dan para ello, suponiendo que en tal caso hay un retroceso forzado á la comunidad primitiva, es una vana ficcion. Aun admitiendo que esta comunidad haya existido, ya no existe, y cada uno ha recibido la parte que le corresponde, no habiendo podido hacer ninguna condicional reserva sobre los bienes de otro. Como observa Blackstone, Ciceron tenía más elevado sentimiento del derecho, cuando decidía que cada uno debe soportar sus males ántes que atentar á la felicidad ajena (1). Como lo ha reconocido formalmente la ley inglesa (2), esto sería una violacion del derecho: lo que no impide que se admitan circunstancias atenuantes en tales casos (3).

VI. En el número de las excusas perentorias debe figurar tambien la necesaria y legítima defensa propia y ajena (4). Es necesaria, cuando no se puede recurrir á la fuerza pública ó á una fuerza extraña cualquiera para rechazar la violencia, y es legítima, cuando es proporcionada al ataque; lo es tambien por el mero hecho de ser motivada por la necesidad.

La propia y la agena defensa, para excusar un delito que haya hecho necesario, está sujeta á las mismas condiciones que se exigen en el caso en que el delito se haya cometido bajo la influencia del miedo.

Muchas legislaciones extranjeras han comprendido que la defensa enérgica y violenta que se hace en beneficio de un niño, de una mujer, ó en general, de una persona débil absoluta ó relativamente, no es ménos digna de excusa que la hecha para protejerse á sí mismo. Los excesos del egoismo son, en efecto, ménos temibles en el primer caso que en el segundo, y es más presumible que la defensa agena se

---

(J. Stephen, *Summary of the crim. law*, t. I, p. 12); pero supone el jurado y las circunstancias atenuantes.

(1) Suum cuique incommodum ferendum est potius quam de alterius commodis detrahendum (*De off.*, lib. III, c. 5).

(2) Blachst., p. 26 y 27;—Carlo-Magno en sus Capitulares somete en este caso al ladron á un ayuno de tres semanas; cap. 3, *De furtis*.

(3) El Código del Brasil admite como hecho justificativo el crímen cometido resistiendo á la ejecucion de órdenes ilegales. part. I, art. 15, pár. 5.

(4) V. sobre el derecho de defensa en general á Fr. Jac. Goebel, *Dissertatio inauguralis jurídica de legitima sui defensione*, 1824.

ha hecho por razones fundadas y que no ha excedido los límites de las exigencias naturales. Así, el Código brasileño pone en el número de los crímenes justificables aquellos que se cometen, no sólo para la defensa de la propia persona ó de sus derechos, sino tambien los cometidos en defensa de la familia del delincuente ó de un tercero (1).

VII. Con la misma razon se ha puesto en el número de las excusas perentorias el perjuicio material que resulta para el culpable del cumplimiento de un deber. El caso es tan sencillo que no admite ninguna duda. Pero si el mal ocasionado por la ejecucion obligatoria de una ley penal es mayor que el que ha querido el legislador, entónces se hacen culpables el juez ó el poder ejecutivo, porque abusan de un derecho ó de una mision que la sociedad les confía, para cometer un acto, tanto más reprensible, cuanto que agrava un mal que la ley ha impuesto á pesar suyo. No exajera Bason cuando dice que el juez más severo que la ley es un verdugo. ¿Qué, será, pues, el verdugo más severo que la sentencia criminal?

VIII. La ignorancia de la ley es una excusa perentoria en ciertas legislaciones cuando el acusado puede probar que en efecto no la conocía, y no se halla por otra parte obligado á conocerla. En éste caso, áun cuando la excusa no se hallara establecida por la ley, estaría seguramente en su espíritu, porque la ley, por regla general, no puede querer nada que no sea equitativo.

Así, á pesar de la presuncion, muy justa en principio, de que nadie está excusado de conocer la ley, presuncion muy justa igualmente de hecho cuando el legislador toma todas las precauciones necesarias para que la ley llegue á conocimiento de todos aquellos á quienes interesa; á pesar de esta presuncion, repetimos, hay excepciones posibles: esto es lo que indica ya la misma palabra presuncion, puesto que da á entender que el conocimiento de la ley sólo es de una universalidad moral, dejando el cuidado de probar su ignorancia de ella á aquel que la alega. Para que esta prueba pueda ser admitida, es necesario, en primer lugar, que

(1) Part. 1, art. 14. Exige que haya certeza del mal, falta absoluta de otros medios ménos perjudiciales, y que no haya habido provocacion por parte del protegido ó del protector. V. Tambien el nuevo Código penal del canton de Vaud.

la ley tenga cierto carácter de arbitraria ó circunstancial que no pueda ser suplido por el sentimiento universal de lo justo; y es necesario ademas que, quien pretenda haber ignorado esta ley establecida, pruebe que, por las circunstancias excepcionales en que se ha encontrado, no podía conocerla: por ejemplo, si es extranjero y ha llegado al país hace poco tiempo, ó si, siendo del país, acaba de volvor á él (1).

IX. La *coartada*, en fin, considerada por muchos jurisconsultos como una excusa perentoria, es más bien la prueba de que no hay acusacion posible ó que se halla completamente destituida de fundamento. Así, todos convienen en que, á diferencia de la mayor parte de las precedentes excusas, la coartada no admite grados.

Es necesario observar para concluir, que la edad, la demencia, la embriaguez y la propia defensa no tienen nada de absoluto sino en las palabras, y que estos hechos que son justificativos cuando llegan á cierto grado, sólo son circunstancias atenuantes cuando no alcanzan á él. Así, por ejemplo, propone con razon M. Ortolan que no se impute ningun delito á un niño que no haya cumplido siete años; que se plantee la cuestion de discernimiento en el menor de siete á diez y seis años, y en caso afirmativo, que se le aplique la pena en el grado *minimum*; que se impute el delito,—pero siempre con circunstancias atenuantes,—al culpable de diez y seis á veintiun años, y que, pasada esta edad, no se tengan ya consideraciones de esta naturaleza. Pero por juiciosa que sea esta gradacion, no es, sin embargo, más que una cuestion de necesidad cuando se pasa de una edad á otra. Es evidente que el niño de siete años justos no tiene ménos discernimiento que tendrá veinticuatro horas despues, y sin embargo, su delito quedaría impune en el primer caso, mientras que se le podría imponer una pena mayor ó menor en el segundo. Quizá no sería bastante el permitir al juez que rebajase la pena en un solo grado; pero por grande que sea la latitud que se le deje, habrá siempre una enorme diferencia, no muy conforme con los hechos, entre la absoluta impunidad y una pena cualquiera. A no ser que se amplíen considerablemente las facultades del juez, no se

(1) Ley inglesa, J. Stephen, *ob. cit.*, t. I, p. 12.

puede evitar una cierta arbitrariedad. Más vale que el niño permanezca sujeto á la ley y espere indulgencia, que dejarle á disposicion del juez que podría abusar sistemáticamente al ménos.

«Ninguna persecucion debiera emprenderse contra un niño menor de doce años: hasta esta edad su padre debía ser su único juez soberano. No es conveniente el contacto de la primera infancia con la justicia penal. Desde esta edad hasta los diez y ocho años debiera imponérseles simples correcciones, y cuando el juez creyera reconocer discernimiento, una detencion más ó ménos larga, que pudiera convertirse en traslacion á uno de esos establecimientos agrícolas, cuya fundacion ha sido un beneficio para la humanidad, al propio tiempo que un medio dado á la ley penal de medir y moderar la severidad de las penas para con la infancia.

ODIL BARROT.»

(*Memoria sobre el Derecho penal, de M. Rossi.*)

Independientemente de ciertos hechos justificativos que establecen la no culpabilidad del indivíduo, hay, segun algunas legislaciones, otros que sin destruir la culpabilidad, la excusan total ó parcialmente: tal es el caso de los artículos 321, 324, 325, 108, 114, 138 y 190 del Código penal francés. Conviene no confundir esta clase de hechos con los que, teniendo la virtud de atennar la falta así como la pena, no son, sin embargo, previstos por la ley, y que por lo mismo que se dejan á la apreciacion facultativa del jurado, pueden no ser tomados en consideracion por él. Las excusas previstas por la ley son por el contrario de derecho, y deben ser explícitamente sometidas á la apreciacion del juez de hecho (1).

El sentimiento y la razon nos llevan á apreciar los grados de gravedad de los delitos. La ira y la venganza, aunque ciegas, presentan intensidades diversas segun la gravedad de la ofensa. Sólo una falsa y sistemática preocupacion puede conducirnos á apreciar de igual manera todos los delitos. Dracon se apartaba así de la razon como de

(1) V. sobre la diferencia entre las excusas y las circunstancias atenuantes á Boitard. *Lecciones sobre el Código penal*, p. 232.

sentimiento cuando decía que todos los delitos eran iguales é igualmente dignos de muerte, porque todos eran transgresiones de la ley. Es verdad que esto no es más que un concepto aislado, abstracto, comun á todos los delitos, pero que lógicamente sólo puede dar orígen á la pena como pena, y de ninguna manera á su cualidad ni á su intensidad.

Así como no hay infrancion que sea meramente una infraccion, no hay tampoco pena que sea simple pena. Así como toda violacion de la ley es tal ó cual, de la misma suerte la pena debe ser ésta ó aquélla, es decir, de un cierto grado entre otros muchos.

Para evitar el error bastaría, pues, seguir la proporcion natural entre el delito y la pena. Dracon se inspira en una vana abstraccion al considerar el delito. Pero era necesario que la pena fuese determinada, y aquí incurrió en una doble falta de lógica, en la eleccion no motivada de una pena particular y en la intensidad que le dió. ¿Por qué, en efecto, elegir una pena aflictiva más bien que una puramente infamante ó pecuniaria? ¿Y por qué entre las penas aflictivas ha de preferir la de muerte á otra del mismo género?

Sin partir de un principio sistemático y falso, los primeros legisladores, principalmente cuando la ley era determinada por su capricho, no han tenido en cuenta, sin embargo, todas las circunstancias que agravan ó atenúan la falta. Este vicio tiende al arrebato del pensamiento, á la pereza del espíritu, á la impotencia de analizar y clasificar y á la relajacion del sentimiento moral.

Así, á medida que se desarrolla la inteligencia, y el sentimiento adquiere más delicadeza y precision, se perfecciona la teoría de las circunstancias.

Pero la historia comparada de las legislaciones criminales ofrece en este punto un hecho digno de notarse, á saber: que el espíritu del legislador una vez colocado en el camino de las distinciones, las lleva demasiado léjos en la especulacion y en la misma ley, sin preocuparse mucho de las dificultades que puedan ofrecerse al juez para retener, y sobre todo para aplicar todas esas minuciosas aunque verdaderas disposiciones. Sucédele aquí lo mismo que en la teoría de las pruebas: distingue sin fin ni medida; pero en la práctica apercíbese tarde ó temprano de que estas distinciones son de difícil aplicion; que es por consecuencia inútil prescribirla, y que está sujeta al grave inconveniente

de encerrar al juez en un laberinto legal de donde apénas puede salir, de multiplicar los puntos de vista de que debe dar cuenta en sus fallos, y de aumentar, por lo tanto, el número de los recursos de casacion, etc. Despues de haber establecido sobre este punto una legislacion muy circunstanciada, vuelve, obligado por el buen sentido, á leyes mucho más sencillas, y concede más á las luces naturales y á la conciencia del juez. Si es de la opinion de Bacon, que la mejor ley es la que deja ménos al arbitrio del juez (1), sabe distinguir los casos en que debe reglamentar los actos y los pensamientos del juez, de aquellos otros en que este rigor ofreciera más inconvenientes que ventajas.

Nosotros asimilamos ahora la teoría dasarrollada de las circunstancias atenuantes á la de las pruebas, y podríamos asimilarla tambien á la de las heridas, que fué llevada demasiado léjos por las legislaciones bárbaras de la Edad Media. El buen sentido moderno ha prescindido de ese gran número de distinciones con frecuencia arbitrarias, haciendo lo mismo con la teoría de las pruebas creada por los jurisconsultos escolásticos de los siglos siguientes, así como con la de las circunstancias, casi contemporáneas de las pruebas. Unicamente los códigos de los pueblos que se hallan todavía en el siglo XVI, tal como el de Rusia, contienen detalles considerados inútiles por las naciones más adelantadas (2).

Y al decir inútiles, me refiero á las leyes, no á la doctrina, y en este concepto la sencillez de las doctrinas de nuestros libros criminales es quizá censurable, porque es excesiva y porque tiende á destruir la ciencia. En efecto, evitando por pereza ó por indiferencia los detalles escolásticos, retrocedemos insensiblemente á la ignorante sencillez de la barbarie. El juez y el jurisconsulto deben haber penetrado todas estas distinciones; no debe serles desconocido ningun punto de vista, y han de meditarlos todos á fin de aplicar más seguramente las sencillas y fecundas disposiciones de una ley, inspirada toda ella en el buen sentido.

No podemos resignarnos á ser cómplices de esta igno-

---

(1) *Optima est lex quæ minimum arbitrio judicis relinquit.*

(2) El Código del gran ducado de Báden, redactado segun las inspiraciones de una gran doctrina, contiene muchos detalles concernientes á la imputabilidad, art. 72-87.

rancia sistemática de ciertas teorías de una incontestable utilidad en la doctrina, si es que no en las leyes. Se nos perdonará, pues, que entremos en detalles á semejanza de los legisladores y jurisconsultos. Mientras más detallada es una ciencia, más completa es y más cerca se halla de la perfeccion, cuando por otra parte no carece de puntos de vista generales, de principios y de lazos sistemáticos.

Esta profundidad de detalles, sistemáticamente enlazados, es por lo tanto, una superioridad en la doctrina para una época dada; pero no es quizá una inferioridad el no haber comprendido que estos detalles, que esta ciencia, no deben salir de los libros que los enseñan, ni penetrar en las leyes. El legislador no enseña, sino que reglamenta, manda y prohibe con amenazas.

Ademas, cuando los detalles no son abstractos, cuando se refieren á casos perfectamente circunstanciados, su aplicacion es muy fácil. ¿Qué hay, en efecto, más sencillo, que las disposiciones particularísimas de la legislacion china, respecto á las circunstancias de la corrupcion? Las previsiones del legislador son tan positivas, tan claras, que el juez no puede vacilar un momento, una vez que le son conocidos los hechos; y estos hechos, por circunstanciados que sean, son tan positivos, tan claramente caracterizados por la ley, que es difícil engañarse respecto á ellos. La corrupcion se distingue en activa y pasiva, ó para valernos de un lenguaje técnico riguroso, en corrupcion efectuada y en tentativa de corrupcion, y áun en proposiciones ilegales: éstas están penadas con 50 á 100 azotes. La corrupcion efectuada se castiga pecuniariamente en razon del valor de los presentes recibidos, y ademas acaban de satisfacer la vindicta pública en este caso, la pérdida de los oficios, del rango y de los empleos, un cierto número de azótes y el destierro. Los auxiliares son castigados con la pena inmediatamente inferior á la impuesta á los principales culpables. La pena del que hace las ofertas es cinco grados menor de la que se impone al que las recibe.

La ley distingue ademas si es justa ó injusta la exigencia en apoyo de la cual se ofrecen los seductores presentes, siendo, como es natural, más severa en el segundo caso que en el primero.

CAPITULO V.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS, ASÍ AGRAVANTES COMO ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS.

SUMARIO.

1. Las circunstancias atienden ménos á la imputabilidad que al grado de libertad y de inteligencia.—2. Las circunstancias agravantes no llegan hasta cambiar la naturaleza y especie del delito, ni por consiguiente la naturaleza de la pena: de otro modo no serían ya circunstancias propiamente dichas, sino más bien caractéres esenciales y constitutivos de un nuevo delito.—3. Distinguir tambien las circunstancias agravantes de un delito accesorio.—4. Consecuencias en la aplicacion de las penas. 5. Inconveniente de que un mismo juez conozca del hecho y del derecho.—6. Enumeracion de los puntos de vista bajo los cuales se pueden estudiar las circunstancias que concurren en pro ó en contra de un delincuente.—7. Primero: Conducta del acusado en la informacion y perpetracion del delito.—8. Segundo: Estado personal del acusado.—9. Tercero: Motivos del delito.—10. Cuarto: Naturaleza del mal cometido, su grado.—11. Quinto: Tiempo y lugares.—12. Sexto: Manera como se ha cometido el crímen.—13. Sétimo: Relacion entre el ofensor y el ofendido.—14. Octavo: Peligro probable para el porvenir.—15. Cuántas clases de circunstancias eran admitidas por el derecho romano —16. El derecho canónico no podía dejar de admitirlas.—17. Relativamente á las circunstancias, la antigua legislacion europea dejaba mucho más que desear que la doctrina; y es que las leyes son ya de aplicacion.—18. Las leyes modernas son generalmente más razonables y precisas en este punto.—19. Ensayo de una definicion de las circunstancias, sacada de las consideraciones que preceden, y particularmente de las reflexiones que se refieren al núm. 2.—20. Consecuencias prácticas.—21. Diferencia entre esta manera de ser y la que es más generalmente aceptada.—22. Ventajas de la admision de las circunstancias atenuantes.—23. Necesidad de la divisibilidad de las penas y conveniencia de un *máximum* absoluto.—24. Utilidad de un *máximum* indefinido.—25. Facultad que se concede al juez de cambiar la especie de delito presumido.—26. Este arbitrio difiere segun las legislaciones.—27. Combinaciones de las circunstancias agravantes y atenuantes: compensacion.

Propiamente hablando, no hay grados en la imputabilidad: un acto es voluntario ó no lo es, pero puede ser más ó ménos reflexivo, más ó ménos deliberado y más ó ménos libre. No se trata aquí de buscar sutilezas para saber si la libertad es absoluta ó tiene grados. Es absoluta, en cuanto

á su esencia; pero la conciencia universal distingue la voluntad deliberada de la voluntad espontánea y de la voluntad ciega, ó como arrastrada por una fuerza súbita, por el temor de un inmenso peligro ó por el resentimiento de un sangriento ultraje. Todavía en estos arrebatos hay voluntad; ¿pero hay tambien libertad, y hasta qué punto?

Las circunstancias agravantes no son más que accesorios del delito, cuya naturaleza no cambian, y no pueden, por lo tanto, motivar una pena diferente de la que se halla establecida por la ley, porque, si bien es cierto que pueden provocarla en todo su rigor, no deben motivar una agravacion arbitraria. El mismo legislador se mostraría apasionado imaginando penas accesorias para circunstancias puramente agravantes.

Es necesario no confundir las circunstancias agravantes de un delito con un delito conjunto: en el primer caso, no hay jamás más que un delito; en el segundo, hay dos ó más. El legislador puede aplicar dos penas en este último caso: una principal y otra accesoria, ó una sola en su grado *máximun*; en el primero, sólo puede aplicar una, ya en su grado *máximum*, ya en un grado inferior (1).

El juez no debe tener la facultad de elevar la pena en uno ó en muchos grados por circunstancias agravantes, porque entónces variaría la clase de la penalidad. Esta era, sin embargo, la opinion de algunos jurisconsultos del siglo XVI; pero entónces las penas eran arbitrarias en su aplicacion á los delitos (2). Esta facultad era tan ámplia, que se podía imponer la pena de muerte, aunque no estuviera señalada por la ley. Empero debemos declarar que esta opinion no era unánime (3).

Si es una falta dejarlo todo al arbitrio del juez, tambien lo es el privarle de cierta amplitud en sus funciones.

En vano procurará el juez preveerlo y regularlo todo, de-

---

(1) El Código sueco, c. 6, pár, 11, decide, sin embargo, que si la accion encierra muchos crímenes, se aplique sólo la pena señalada para el mayor, y que los otros sean considerados como circunstancias agravantes. En el pár. 12, se dice, por el contrario, que la infraccion de muchas leyes por una sola accion, se castigue con todas las penas señaladas contra estos delitos, siempre que concurran juntos.—V. tambien el Código del canton de Vaud.

(2) Farinacius, c. 17, números 34 y siguientes.—Menochius, *De arbitr. quæs. casu* 86.

(3) Orden. Carolina, c. 104.—Julius Clarus, c. 83, núm. 11.

terminar por consecuencia los diferentes grados de culpabilidad en un mismo delito, y elegir un grado de pena correspondiente: los hechos no se ajustarán siempre á este cuadro préviamente trazado, el cual sería cumplido en lo posible, y el código distinguiría con perfecta prudencia si fuera el mismo juez el que apreciara el hecho y el que pronunciara la sentencia, aunque entónces podría distinguir siempre con más claridad que la ley, ó no distinguir como ésta.

Un código tan detallado en este punto como el nuevo Código ruso, es una obra casi inútil, á ménos que no se nombren jueces para apreciar el hecho, y que no se les obligue á designar el grado preciso de indulgencia ó severidad que reconocen en el crímen, á fin de refrenar la arbitrariedad del juez de derecho, arbitrariedad contra la cual se han hecho todas estas distinciones minuciosas.

Hechas estas reservas, podemos ahora entrar en materia y ocuparnos de las circunstancias del delito, bajo el punto de vista de la doctrina y de la historia,

Pueden clasificarse las circunstancias agravantes y atenuantes en tres grupos como las circunstancias perentorias. Esta clasificacion sería muy natural, pero hemos creido deber adoptar otra ménos general y de una aplicacion más fácil, la cual nos ha sido sugerida por la historia de la doctrina y de la práctica. No es lógicamente irreprochable, puesto que ha sido hecha atendiendo á un solo punto de vista y tiene un carácter puramente empírico, pero los diversos puntos de vista son, sin embargo, distintos, y abrazan las circunstancias personales, y otras que determinan el delito.

Las circunstancias que concurren en pró ó en contra de un delincuente pueden estar tomadas:

I. De la manera como el delincuente se porte con la justicia llamada á juzgarle:

1.° Si se entrega voluntariamente ó si pretende escaparse;

2.° Si es denunciado ó entregado por aquellos que naturalmente debían atender á auxiliarle en su infortunio;

3.° Si es perseguido por un enemigo poderoso;

4.° Si su delito se halla casi olvidado, borrado ó expiado.

II. Del estado personal del acusado en el momento de la perpetracion del crímen:

1.° La edad;
2.° El sexo;
3.° La inteligencia natural;
4.° El talento, los servicios prestados, la vida pasada en general, las esperanzas ó los temores para el porvenir;
5.° La constitucion;
6.° Las pasiones;
7.° La educacion;
8.° El efecto de la opinion, del hábito y de las costumbres públicas;
9.° El nacimiento, la posicion de la familia, la posicion social y de fortuna.

III. De los motivos de la accion:
1.° La buena ó la mala fé;
2.° La buena intencion;
3.° Los buenos sentimientos, una justa indignacion;
4.° La negligencia ó la pereza;
5.° La necesidad.

IV. De la naturaleza del mal cometido y de su grado.
1.° Si es un mal en sí ó un mal relativo;
2.° Si es una desgracia más bien que una maldad;
3.° Si el perjuicio ocasionado ha sido menor ó mayor en sí de lo que podría preveerse;
4.° Si las consecuencias han sido buenas ó malas para el que naturalmente debía sufrirlas;
5.° La naturaleza y extension de las consecuencias para el órden público.

V. De los tiempos y de los lugares.

VI. De la manera como se ha cometido el crímen.

VII. De las relaciones del delincuente con la persona que sufre el delito:
1.° Parentesco;
2.° Tutela;
3.° Amistad;
4.° Domesticidad;
5.° Subordinacion gerárquica;
6.° Fuerza de una parte y debilidad de la otra (1).

---

(1) Pueden verse otras clasificaciones en los criminalistas, particularmente en Jousse, t. II, p. 601-639; en Muyart de Vouglans, 19-25, 26-35, 37-49; Pastoret, *Leyes penales*, 3.ª parte. Hé aqui un extracto de Muyart de Vouglans.

VIII. Del peligro probable para el porvenir (1).

La tentativa, la reincidencia y la complicidad podrían tambien figurar en cierto modo en el número de las circunstancias que modifican el delito; pero estos puntos de vista son demasiado importantes y deben ser objeto de un estudio especial. Lo mismo sucede con otros que hemos ya examinado en el capítulo precedente. Vamos, pues, á reproducir las diferentes clases de circunstancias que hemos indicado más arriba, las cuales merecen algunas reflexiones.

Es necesario distinguir entre las causas que excusan el crímen y las que hacen moderar la pena.

Las causas de esta última especie son de tres clases:

1.° Las qre acompañan al crímen.

A. Estado de acusado en el momento del crímen:

a) Agitacion de una pasion violenta;
b) Extremada embriaguez;
c) Fogosidad de la juventud;
d) Extrema ancianidad;
e) Fragilidad del sexo;
f) Rusticidad é inexperiencia.

B. Motivos que han conducido al crímen:

a) Afeccion natural;
b) Temor reverencial;
c) Conmiseracion.

C. Manera como se ha cometido el crímen:

2.° Las que han precedido al crímen;

a) Buena conducta del acusado;
b) Sus distinguidos talentos;
c) Servicios por él prestados á la pátria;
d) Nobleza hereditaria.

3.° Las que han seguido al crímen:

a) Feliz resultado del mismo;
b) Pronto arrepentimiento del acusado;
c) Libre y voluntaria confesion;
d) Largo trascurso de tiempo desde la acusacion;
e) Larga detencion en la prision;
f) Multitud de delincuentes.

Muyard de Vouglans, p. 41-44. Véase ademas el cuadro que ofrecemos arriba.

El autor de *El espejo de justicia* distribuía ya en siete clases las circunstancias del delito, siguiendo poco más ó ménos en esto al derecho romano que se regía en este punto, segun todas las apariencias por la division de esta clase de lugares comunes extrínsecos llamados circunstancias por los retórico: «Et coment, que l' on pesche en fait on en dit, en tout jugements sur personnals actions son sept chose á peiser en ballance de saincte conscience; est á savoir: 1, la cause; 2, le person; 3, le lieu; 4, le temps; 5, la qualitié; 6, le quantitié; 7, le fine.» *Espejo de justicia*): c. 4, sect. 13.—Houart, *Tratado sobre las costumbres anglonormandas* (del siglo XI al XIV), 4 vol., en 4.°, París, 1876, t. IV, p. 651-652.

(1) Véase lo que dice Bentham de la alarma, de su extension y de sus grados, *Legislacion civil y penal*, t. II, primera parte.

I. Un malhechor que acepta francamente las consecuencias de su falta, que no pretende sustraerse á la accion de la justicia y que él mismo se confiesa culpable, puede hacerlo, ó por una especie de audacia y de maldad rara, acaso sin ejemplo, ó por la esperanza de concluir con la vida con ayuda del verdugo, ó por un sentimiento de justicia.

En el primer caso, hay una cierta grandeza de alma capaz de inspirar una especie de espanto mezclado de admiracion. En el segundo, la perversidad es menor que si el delito se hubiera cometido por un interés más ordinario y ménos sospechoso de extravío de la razon. En el tercero, hay un arrepentimiento que no es una razon de derecho, pero que no deja de descubrir una buena disposicion moral y que es propio para tranquilizar sobre el porvenir del acusado. Así la ley china hace de ello una especie de excusa y algunas veces de perdon (1).

El arrepentimiento que sigue al delito, áun cuando haya llegado á la restitucion en caso de robo y á la reparacion del mal causado, no era considerado generalmente por los criminalistas antiguos como digno de excusa. Era necesario para que hubiese derecho á este favor que se hubiera impedido la consumacion del crímen; y sucedía algunas veces que aún esto mismo era inútil para el culpable en los crímenes de lesa-majestad, de asesinato y de suicidio; jurisprudencia tan imprudente como inhumana.

Es una presuncion de arrepentimiento ó de sinceridad estimable la confesion del crímen, de sus motivos y de sus circunstancias. Para hacer tal confesion, no es necesario haber perdido el buen discurso como suponía Quintiliano y los criminalistas del último siglo, basta por el contrario, con no haber perdido el sentimiento de la justicia ó haberle recobrado. Es muy sensible ver á jurisconsultos filósofos ó cristianos, desconocer la naturaleza moral del hombre hasta el punto de atribuir á extravío del espíritu lo que puede ser debido á la delicadeza de la conciencia, y hacer sólo de este título una razon de excusa (2).

---

(1) Código penal, I, p. 57 y siguientes,—Lo mismo sucede con la reparacion espnotánea del mal cometido, *ibid.*

(2) Jousse, II, 636, y las leyes que cita: L. 1, *Cód.*, *De his qui se deferunt;* L. 13, *in principio*, D., *De jure fisci* y muchas costumbres.—La ley ateniense establecía que la pena se redujese, siempre que la confe-

Es más natural no condenar por su sola confesion al que se denuncia, no porque haya en esta confesion una especie de locura, sino porque el culpable se ofrece á reparar el mal que ha causado, si este mal es reparable, y porque puede obrar por razones de sinceridad ó áun de egoismo, tales como el deseo de hacerse aprisionar atrayendo sobre su cabeza la pena de un delito que no ha cometido.

El ardor en la querella por parte de un adversario poderoso para perseguir un delito de poca gravedad, principalmente si este delito es castigado severamente por la ley, y si acontece con frecuencia que el que debiera quejarse de él guarda silencio, como en el robo de poco valor cometido por un criado, esta despiadada severidad hace naturalmente que se compadezca al que es objeto de ella, aunque no sea digno de aquel interés.

Álgo análogo sucede cuando se ve á un hijo perseguido por su padre ó á una mujer por su marido, principalmente cuando el hijo ó la mujer son denunciadores. Los antiguos jurisconsultos no eran indiferentes ante estos atentados contra la naturaleza misma (1).

El acusado inspira más interés aún, cuando el derecho de persecucion puede ser ejercido por todo el mundo como sucedía en Roma, y cuando el que lo ejerce es movido más bien por pasiones personales que por amor al bien público. Este interés debería naturalmente acrecentarse con la injusticia de la persecucion, ya porque el delito no sería en este caso más que la obra de una ley tiránica, ya porque las formas legales hubieran sido violadas, porque los testigos hubieran sido sobornados, porque un acusador poderoso quisiera perder á un ciudadano débil, y que en otras circunstancias no habría sido favorable á los proyectos ambiciosos de su acusador.

Aquel cuyo delito ha permanecido largo tiempo ignorado ó que se ha pasado mucho tiempo sin que se supiera que era el autor de él, áun cuando su conducta haya sido irreprochable, áun cuando haya reparado espontáneamente el mal que había cometido, ó haya transigido con el ofendi-

---

sion de la falta precediera á la accion de la justicia.—Demost., *in Timocr.*, p. 454.

(1) L. *Milites agrum.* § *Desertorem*, D., *De re militari.*—Farin., *qu.* 98, números 164 y siguientes.—Jul. Clar., *qu.* 60, núm. 29.

do, ó no haya hecho otra cosa con su delito que tomar venganza de la ofensa que se le hubiera inferido á él ó á los suyos, ó en fin, que haya expiado en el destierro ó con una larga detencion preventiva una parte de su falta, éste, decimos, no deja de tener títulos á la indulgencia. De todas estas posiciones diversas, la que ménos indulgencia merece no es indigna de ella, por la razon de que el culpable se halla muy rara vez tranquilo despues de su falta, y por otra parte, porque miéntras el crímen se halla más oculto, ménos sufre el interés general con su impunidad y ménos se subleva la conciencia pública, siendo tambien ménos eficaz la ejemplaridad de la pena. Por estas consideraciones, sin duda, la persecucion de un delito ha podido prescribir al fin de cierto tiempo. Más tarde trataremos de la prescripcion del derecho criminal (1).

II. Hemos hablado ya de la indulgencia que debe dispensarse á la debilidad de los años. Segun el derecho de los *Assises* de Jerusalem, los menores de 15 años, debían ser corregidos por los parientes, ó por el vizconde si tenían la costumbre de querellarse y de pelear. Antes de esta edad, no había responsabilidad civil (2).

La debilidad del sexo tiene tambien sus derechos. Las mujeres han sido castigadas siempre ménos severamente que los hombres en todos los pueblos civilizados, excepto en los casos de adulterio y en otros delitos contrarios al pudor (3). Si no es esta la única virtud que los hombres exigen á las mujeres, es al ménos la primera. ¿No habrá quizá algo de pasion y de egoismo en estas exigencias por parte de los hombres?

En nombre del pudor y de las virtudes que á él se refieren, es necesario explicar ciertas leyes romanas del tiempo

---

(1) Farin., qu. 10, números 84, 85.—Jul. Clar., qu. 60, núm. 32.
(2) C. 24.
(3) L. *Quidquid*, § *ad filias*, Cod. *ad leg Jul. maj.*; L. *fin.*; cod. *De jur. et fact. ignor.*; L. *Si adulterium.*, § 1 y siguientes, D., *ad leg. Jul. De adult.*

«La mujer no disfruta sino á medias la ley por derecho y por jurisprudencia.» (*Assises de Jerusalem*, c. 257).—Bajo otro punto de vista, no comprendiendo el adulterio, los legisladores no siempre han sido con las mujeres galantes y equitativos; así. la ley húngara permitía al marido acusar de robo á su mujer y citarla ante los tribunales por este hecho; la mujer no tenía el mismo derecho contra su marido. (Macieiowski, *Slavische Rechtsgesch.*, etc., t. IV, p. 327).

de la República ó ciertas costumbres demasiado severas con respecto á las mujeres, por ejemplo la ley de Rómulo que permitía al marido matar á su mujer por haber bebido vino ó por haberse hecho culpable de adulterio. En Mileto y en Marsella, el vino se hallaba igualmente prohibido á las mujeres. Sulpicio Galo repudió á la suya por haber salido á la calle sin velo; Sempronio hizo otro tanto, porque su mujer había asistido sin saberlo él á un espectáculo (1).

Pero esta dureza del legislador para con el sexo no es universal ni aun entre las pueblos bárbaros. Ya se sabe el respeto que los Galos y los Germanos tenían á las mujeres.

Por la ley de los Turingios (2) una mujer acosada de adulterio sólo era condenada á la prueba del agua hirviendo, cuando no se presentaba para ella un campeon, lo que rara vez sucedía (3). La ley de los Ripuarios (4) sólo admitía esta prueba á falta de testimonio justificativo (5).

Nuestras antiguas leyes penales exceptuaban á las mujeres de los suplicios de descuartizamiento, de la rueda, de la galera y del destierro (6). En estas consideraciones la decencia ó el respeto de la opinion han podido tener más parte aún que la justicia y la piedad. La tormenta y la flagelacion habían podido perdonárselas bajo el mismo título ó *propter reverentiam sexus*, si esta razon era efectivamente la verdadera. La exposicion, la pena de muerte y las penas perpétuas nos parecen tambien abusivas.

La grosera ignorancia del culpable puede argüir tambien en su favor. Hay inteligencias rudas que apénas se abren á las nociones morales y que tienen poco imperio sobre su voluntad, excitada por otra parte por la necesidad ó por los apetitos sensuales. Esta especie de ignorancia es la grosería, *rusticitas*, de los jurisconsultos romanos (7).

Esta clase de embrutecimiento de infinitos grados, desde el idiotismo ó la imbecilidad absoluta hasta la inteligencia comun del bien y del mal, es un título de excusa, áun en los

---

(1) Valer. Max., VI, 3.—Ælian,, *Hist. vari.*, II, 38.
(2) Tít. 14.
(3) V. Beaumanoir, *Coutume de Beauvaises*, ch. 41.—Leyes de los Anglos, c. 14.
(4) C. 31, § 5.
(5) Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, XXVIII, 17.
(6) V. Muy. de Vouglans, título de las penas.—Jousse, I, p. 41.
(7) M. *Si quis id quod*, § 1, D., *De jurisdict. jud.*

casos mismos en que es manifiesta la evidencia del delito, es decir, en las cuestiones uniformemente resueltas por el sentido comun, y en las cuales no admiten excusas perentorias los jurisconsultos.

Hay otro género de ignorancia que debe atribuirse ménos á la falta de inteligencia que á la de una instruccion positiva. Esta no excusa sino en los casos en que el delito no es una infraccion de la ley natural. Para ello es preciso que el que la alega pruebe que no podía conocer la ley positiva por él violada, y que, por lo tanto, no podía alcanzarle la presuncion comun de que á nadie disculpa la ignorancia de la ley.

Si los hechos recriminados son de inadvertencia, de negligencia ó de inatencion, ó en general hechos que el legislador se haya obligado á reprimir para garantir más seguramente los derechos respetables que de otra suerte se verían demasiado expuestos, la presuncion de la ignorancia no puede jamás excusar completamente. La intencion criminal no es rigurosamente exigida, cuando se trata de los delitos de policía, delitos que la ley considera ménos como delitos en sí que como actos que pueden ocasionar un grave perjuicio ó que son contrarios al interés público, aunque este atentado no tenga nada de manifiesto (1).

El mérito intrínseco de un indivíduo, su mérito relativo, los servicios por él prestados á su familia y á su país, y los que puede todavía prestarles son tambien razones que hablan en su favor (2).

La constitucion del culpable relacionada con la naturaleza, y las circunstancias del delito es tambien á veces una razon de excusa. Una excesiva impresionabilidad, una extremada inclinacion á la desconfianza, la susceptibilidad, el mal humor, la misantropía, etc., son disposiciones de naturales, involuntarias, que si no excluyen la libertad,

---

(1) Rauter, *Tratado de derecho criminal*, I, p. 157 y siguientes.

(2) En China se castigaba ménos severamente al hijo que debía ser útil á su padre, excepto en casos muy graves.—Los hijos de viudas que han guardado la viudez, los jefes de las antiguas familias que no tienen otros herederos, los descendientes de grandes hombres ó de ilustres ciudadanos que han merecido títulos honoríficos en recompensa de sus servicios ó buenos ejemplos, así como los hijos y nietos de grandes mandarines que se han distinguido siempre por sus empleos, se dejan á la paternal clemencia del príncipe. *Memorias referentes á los Chinos*, t. IV, p. 157.

la debilitan, y perturban ó tienden á perturbar el juicio.

Las pasiones provienen en gran parte de la constitucion; son efectos de ésta á la que no siempre consigue dominar la libertad ayudada por la educacion. Los temperamentos biliosos, por ejemplo, se hallan más inclinados á la ambicion, al resentimiento y á la venganza; las constituciones sanguíneas lo son más al placer.

Aunque se haya dicho, con una apariencia de buen sentido, que no es la locura la que excusa, sino su justo motivo (1), esto sólo es verdad para los hechos justificativos, para las excusas perentorias. La justicia del motivo legitima los medios, principalmente cuando son proporcionados al fin que se tenía derecho á esperar y son ó reconocidos por la ley ó abandonados á la conciencia pública y á la de los jueces. Así, el que en un momento de cólera, rechazando un ataque repentino y sério, defendiendo su vida que cree en peligro, mata á su agresor, no es culpable; el motivo de su cólera lo legitima. Tiene tan poca necesidad de excusa, cuanto que aquí la de la cólera es supérflua. Habría matado lo mismo á sangre fría á su agresor, si no hubiera creido poder salvar de otra manera su propia vida, y no por esto sería ménos disculpable.

La cólera y las otras pasiones no pueden tampoco, propiamente hablando, servir de excusa, sino cuando ésta es necesaria, es decir, precisamente cuando se tiene necesidad de ella, porque el delito cometido es un verdadero delito formal. Así, el marido ultrajado que sorprende á su mujer en flagrante delito, principalmente si es prevenido y pretende justificar su infortunio, comete una verdadera falta, si venga su honor por su propia mano; es realmente penable, puesto que hay leyes protectoras y magistrados dispuestos á hacerlas ejecutar y no se halla en el caso de hacerse justicia por sí mismo y mucho ménos de defenderse.

Los homicidios cometidos en semejantes ocasiones no son pues, justificables, sino excusables solamente; deberían ser castigados, pero con mucha ménos severidad que los asesinatos ordinarios. Deberían serlo, no solamente por los motivos que acabamos de alegar, sino tambien porque la infidelidad de una mujer, la seduccion que ha sido la causa, no

---

(1) Farinacius, *quœst.* 91, núm. 13.

son crímenes que naturalmente merezcan la pena de muerte. Toda sociedad que deje obrar en tal caso, se hace en cierta manera cómplice de este acto de atroz barbarie.

Esto sentado, reconocemos con la ley romana (1) que todo lo que se hace ó se dice en el arrebato de la cólera, no debe ser considerado como perfectamente querido, mientras no se persevere en ello á sangre fría.

No llegaremos, sin embargo, hasta decir con Horacio, que la cólera no es sino un delirio momentáneo: en esto no hay semejanza, sino solamente analogía. No se puede considerar el arrebato, cualquiera que sea su grado, como una excusa legal y perentoría, por la razon de que somos más libres de evitar las ocasiones de la cólera ó de reprimir ese movimiento que da orígen á ella, ó de refrenarla en su exceso, que de caer en la demencia ó de curarnos de ella: en el arrebato somos tambien más libres en nuestros actos, que en el estado de enajenacion. En el primer caso, nuestro juicio se halla sojuzgado y no pervertido por la pasion, mientras que no existe ó está desordenado en la locura.

Pretenden los jurisconsultos, para que la cólera sea una excusa, que el motivo de ella sea grave, que sea violento, que se cometa el crímen en el instante en que ha estallado (2). Todo esto es muy justo sin duda, pero no lo es ménos notar tambien que hay iras reprimidas, cuya explosion no precede al crímen, y que hay en la causa de la cólera un punto de vista personal ó relativo que depende, ya de la posicion particular del sugeto, de la situacion de su espíritu, ya de su irascibilidad propia: esta es una desgracia que conduce á exasperarse por todo, y esa desgracia debe tomarse siempre en consideracion. Una persona que tenga esta debilidad, se irritará más fácilmente por una causa insignificante que otra por un motivo más grave.

Lo que acabamos de decir de esto último, puede decirse igualmente del dolor que produce el amor desdeñado, de la envidia y de las otras pasiones, sobre todo cuando suelen propender al crímen por la cólera.

Los buenos ó los malos ejemplos que se han recibido en el seno de la familia por consecuencia del nacimiento; los sentimientos que supone, la posicion de la familia, la socie-

(1) L. 48, D., *De div. reg. jur.*
(2) Muy. de Vouglans, p. 14.—Jousse, II, 614-615.

dad que frecuenta, la fortuna de que goza; todas estas circunstancias que contribuyen de tan poderosa manera á hacer al hombre moral ó á corromperle, hablan á su favor ó en contra suya (1). Es cierto, sin embargo, que el que ha ganado poco bajo el influjo saludable de una familia y de una sociedad honrada, debe considerarse por esto mismo de una naturaleza perversa. ¿Pero no habría en esta naturaleza misma una circunstancia atenuante propia para contrabalancear las agravantes? No cabe duda de que hay naturalezas originariamente mejores ó peores que otras, constituciones más ó ménos propias para dejarse llevar de la influencia moral. ¿Pero la presuncion moral debe estar aquí á favor de la excusa? Si así fuera ¿qué sería la justicia; qué oficio se dejaría á la libertad y á la inteligencia? No; si alguien puede ser culpable, es el que ha recibido todos los auxilios del buen ejemplo, de la instruccion, de la educacion, del honor doméstico; aquel á quien no excusan la necesidad, ni las malas compañías, ni los malos hábitos, ni la brutalidad de un hombre que se ha criado sin educacion. No había razon para que la nobleza y la dignidad sirvieran en otros tiempos de excusa: estas son circunstancias agravantes (2). No es esta, sin embargo, una razon para imponer á los culpables de superior posicion penas más severas que á los demás: si son más culpables, se hallarán tambien más humillados y serán más sensibles á los sufrimientos físicos, hallándose de esta manera restablecidas la justicia y la igualdad. Es, por lo tanto, una mala ley la que atiende á la categoría del criminal: tal era la de los pueblos bárbaros y la de nuestros padres; tal es aún la de Rusia y la de todos los países donde las castas existen. Esta desigualdad es admisible en las leyes de Manú (3): en todas partes donde ha hecho la ley una casta privilegiada, ha desconocido los derechos de la humana naturaleza: hoy mismo, en los países más ilustrados del mundo, si hay esclavos, la ley

---

(1) «Esta es la ocasion de decir con Loysel (*Instit. coutum.*, lib. VI, tít. II, máximas, 28 et 29).» Siempre que el noble aparezca convicto de un caso vil, será castigado como villano.

(2) Así es como lo decide el *Código de la Luisiana*. V. *Revista extranjera y francesa de legislacion*, t. IX, p. 698.

(3) El derecho romano tambien había consagrado esta injusticia. L. 9, § 11, D., *De pœnis*; L. 28, eod, tít.; L. 3, Cód. *De pœnis;* L. 6, § 2, D., *De interd et relegat*.

emplea con ellos un lenguaje aparte, y este lenguaje es el de la crueldad; lenguaje que es una consecuencia obligada del sistema de la esclavitud, y que afea como una negra mancha los Códigos de las Repúblicas americanas y los de las colonias.

Tambien es otra injusticia no extender este privilegio á todas las personas elevadas en dignidad, tales como los sacerdotes, los religiosos y los altos funcionarios (1).

Digamos, sin embargo, que este privilegio reservado sólo á los nobles, no dejaba de tener excepciones; pero es justo observar ademas que el orgullo de casta, más aún que la justicia, era el principio de estas restricciones (2).

En igualdad de circunstancias, la buena educacion hace más culpable y la mala más excusable (3). Es necesario considerar tambien la influencia de la opinion, segun que ella considere como crímen lo que una sana instruccion no pnede mirar como tal, ó por el contrario, prescriba ó permita lo que las leyes prohiben ó lo que ordenan. Se es más culpable cuando se tiene contra sí la opinion pública y la ley, y se es evidentemente ménos, cuando no se halla en oposicion sino con la ley. Sin embargo, si ésta y la opinion son poco razonables y el delito de atentar contra ellas es como una protesta contra esa doble tiranía, hay en tal acto un carácter de reaccion que puede carecer de conveniencia y áun de prudencia, pero que no carece de generosidad y áun de grandeza.

Si un delito se ha cometido impunemente al abrigo de la opinion, esta es una razon para ser ménos severo respecto á aquel que cree gozar de la impunidad, principalmente cuando el delito no tiene en sí este carácter.

Los arrebatos de la muchedumbre en la perpetracion de un delito, el número simultáneo de los delincuentes excusa tambien, aunque en menor grado. Pero es necesario que este número sea muy considerable, como en un motin ó en una revolucion; si es pequeño, como en una asociacion para el robo ó para el pandillage, el delito se considera agravado.

---

(1) Jousse, II, p. 631.
(2) Jousse, II, p. 630 y 631.
(3) Así es, repetimos, como Livingston lo ha entendido en su redaccion del *Código de la Luisiana*.

III. En todo caso, la buena ó la mala fé, la ignorancia ó el conocimiento de lo que se hace, el error ó el perfecto discernimiento respecto al delito, son otras tantas circunstancias que merecen ser apreciadas.

La mala fé en el mal, toma el nombre de dolo. La ausencia de la mala intencion (excepto en materias de órden público y de policía) exime de pena, pero no de la reparacion del daño (1).

El dolo, en una acepcion más limitada, implica la idea de engaño y de premeditacion, y el designio de engañar ó de dañar (2).

La falta, si no va acompañada de la mala fé, aunque no deja de ser reprochable, lo es mucho ménos que el dolo. Tiene, como éste, grados que son más fáciles de nombrar que de caracterizar, y más fáciles de caracterizar que de designar en la práctica. La gradacion de las faltas ha ejercitado desde hace mucho tiempo la sagacidad de los jurisconsultos, en lo cual puede haber ganado algo la ciencia, pero la práctica muy poco (3). Se trata, en la gradacion de las faltas, de su divisibilidad, y toda cuestion de esta naturaleza no tiene jamás nada de rigurosamente verdadero. Dejemos, pues, á los jurisconsultos sus dos ó tres grados como casos vacíos, casos inútiles en la aplicacion, y reconozcamos que la verdadera escala en este caso, la medida que serviría para estimar las faltas segun el deseo de los jurisconsultos, es la conciencia. Esta procede por aproximacion, teniendo cuenta tan exacta como sea posible de las circunstancias diversas, numerosas y delicadas, casi tan difíciles de descubrir como de enumerar *à priori*, y que quedarán siempre por reconocer y por juzgar en la realidad.

Digamos solamente que hay falta siempre que una accion ó una omision por imprevision, impericia ó debilidad, atenta á los derechos de otro.

Digamos tambien que sólo en el derecho civil, en los *contratos* ó *cuasi-contratos*, la falta grosera se halla asimilada al dolo, *lata culpa dolus*, á ménos que ella no implique el

---

(1) Pap., lib. IV, tít. 8, núm. 3.—Cod. L. *de Sicar.*;—L. *Qui injur.*, D., *De furtis*;—L. *Quod reipublicæ*, D., *De injuriis*;—L. *Cum autem*, § *Excipiuntur*, D., *De ædit. ed.*

(2) L. 1, § 1, D., *De dolo malo.*

(3) Véase sobre esta cuestion la obra de M. Hasse, *Die culpa des Rœmischen Rechts.* Kiel, 1815.

dolo. Aquí, en efecto, en derecho criminal no se ha preceptuado nada; no se ha tomado empeño alguno al que se haya faltado.

La falta por omision, principalmente, si no es grave, merece más indulgencia que la falta por comision; es ordinariamente más natural y más prudente abstenerse que obrar.

En general, el dolo no se presume; es necesario que el que lo alegue lo pruebe. La falta no se presume tampoco, á ménos que no sea la más indulgente de las suposiciones posibles, como en el caso de incendio: la presuncion de derecho es, por lo tanto, la buena fé. Pero esta presuncion cesa desde que el delito es evidentemente tal; si la ley que lo prohibe es conocida ó se reputa con razon conocida del delincuente; si el delito se refiere á otros actos cuya culpabilidad subjetiva es cierta ó probable; si el autor del delito es reconocido como sugeto de él; si pretende con mentiras declinar la responsabilidad que le toca; si las precauciones por él tomadas acusan una intencion que se juzga culpable; si el delito va acompañado de violencia ó de lesiones graves al derecho de otro; si las relaciones del autor del delito con el que se considera lesionado eran propias para producir tales consecuencias; si el autor del delito tenía interés en cometerle; si lo había consumado solo, etc. (1).

Las circunstancias contrarias engendran naturalmente bien diferentes presunciones.

La buena fé en el mal, supone la ignorancia de este mal; pero esta misma ignorancia debe justificarse, porque de otra manera no excusa ó excusa ménos.

La ignorancia en materia de delito es ya un error; se puede decir, sin embargo, que hay esta diferencia entre las dos cosas: que la ignorancia tiene lugar cuando no se cree hacer mal, y el error, cuando se cree hacer un bien. Hay la diferencia de lo negativo á lo positivo.

Lo mismo sucede con la buena fé y la buena intencion: la primera es negativa y no es mala; la segunda es positiva y es buena.

Estas diferencias son reales y deben ser apreciadas. Pero la buena fé y la buena intencion, así como el error, cuando

---

(1) Farinacius, *quæst.* 89, números 74, 75, 77, 81, 98, 104, 127, 130 140, 141.

hay delito, reconocen una causa comun; la ignorancia. Se trata, pues, en todos estos casos, de apreciar el grado de inocencia.

Hay delitos sobre los cuales no pueden engañarse sino los niños, los imbéciles ó los locos. Hay otros que no son delitos naturales, pero respecto á los cuales es poco excusable ignorar su carácter, porque la ley, la costumbre, las tradiciones y los usos diarios proclaman la naturaleza misma de aquel delito. En vano el culpable querría alegar una instruccion contraria, la autoridad de un maestro cualquiera: harto dice el buen sentido que nadie tiene el derecho de enseñar el desprecio de las leyes del país: de otra manera, todos los errores, todos los fanatismos podrían destruir el edificio social (1). Así pues, la ignorancia del derecho no se presume, y no debe admitirse sino rara vez. Al que la alega le toca probarla y demostrar que es excusable.

La ignorancia del hecho no se presume tampoco; pero una vez establecida, excusa del dolo ó de la falta: exime, pues, de la pena; pero no dispensa de reparar el mal ocasionado.

El error es más difícil de justificar que la ignorancia, ya cuando se cree hacer el bien haciendo el mal, ya principalmente cuando creyendo cometer un mal, se comete otro. En este último caso, no hay error de nombre, propiamente hablando, sino error de hechos, y es imposible la excusa completa. De lo cual ofrecen muchos ejemplos las leyes romanas (2).

La buena intencion, por el contrario, puede excusar algunas veces, cuando se comete una accion mala; pero sólo en el caso en que el error es jurídicamente imposible.

Los buenos sentimientos no van necesariamente acompañados del error de derecho ó de hecho. Se puede como el Horacio vencedor dejarse arrebatar por la indignacion y cometer conscientemente un delito, pero por un móvil que no tiene nada de laudable en su principio ó en su esencia; el acto sólo es reprensible, más por mucho que lo sea, puede merecer indulgencia.

Hemos hablado de la negligencia ó de la falta al hablar

---

(1) Jousse, p. 614, núm. 216.

(2) L. 45, § 2, D., *Ad. leg. Aq.*; L. 5, § 1, D., *De servo corrupto*; L. 18, § 3, D., *De injur.*; L. 6, D., *De crim. expil. heredit.*

del dolo, y hemos preguntado al tratar de la excusa que se funda en la violencia, si la necesidad apremiante podía aspirar á la misma indulgencia.

IV. Si atendemos á la materia sobre que se ha cometido el delito, hecha abstraccion esta vez de los motivos ó de la intencion, advertiremos fácilmente que ciertas circunstancias exteriores pueden aumentar su gravedad ó servir de título para dulcificar la pena, y que conviene tener en cuenta este órden de circunstancias sin entrar, sin embargo, en detalles demasiado minuciosos como lo hacían ciertas leyes. Zoroastro distinguía, por ejemplo, en una herida, el tiempo necesario para su cicatrizacion; si se había inferido por detrás; si había corrido la sangre; si el cuerpo había sido desgarrado; si se había fracturado algun hueso, y si se había separado algun miembro del tronco (1).

La manera como se había cometido el robo ocasionaba ya á la vista del legislador romano diferencias en la pena. En Esparta esta diferencia podía llegar hasta hacer desaparecer la culpabilidad.

El instrumento del delito no deja tampoco de tener influencia en la pena. Así, el envenenamiento es más odioso que el asesinato, puesto que une la cobardía á la maldad.

La ley de los Burguiñones imponía diferentes penas si se cogía á un hombre de los cabellos con una ó con las dos manos (2).

Si la violencia es escarnizada, persistente; si el puñal se ha retorcido en la herida, si las puñaladas son muchas, habrá en estos casos indicios de una ferocidad que no podría hallar excusa sino en la cólera más exasperada y más legítima. Pero si un acto de maldad se comete á sangre fría, contra toda justicia, sin el más ligero resentimiento; si la víctima es degollada, mutilada lentamente con el rosario en una mano y el puñal en la otra, como hacían los feroces trabucaires, debe aplicarse toda la severidad de la ley. Si la sociedad se venga, el suplicio en este caso sería justo.

V. Motivos de agravacion ó de atenuacion, se deducen igualmente de la naturaleza ó del grado de la accion puni-

(1) Pastoret, Tor., *Conf. et Mahom.*, etc., p. 81-89.—Anquetil du Perron, *Zend-Avesta*.

(2) Tit. 5, L. 7, *Si quis ingenuum hominem per capillos arripuerit, si una manu, 2 solidos inferat; si utraque, 4.*

ble. Un delito que tiene naturalmente este carácter para todo el mundo, es un mal más grande que el que sólo es tal por el hecho de la ley ó de las circunstancias que se pueden ignorar. En los delitos naturalmente tales, los de la misma especie y del mismo nombre, como el robo, difieren singularmente por lo que es objeto de ellos, la cualidad, la materia, por el *corpus delicti*, como tambien por la cuantidad absoluta.

La cuantidad relativa puede tambien agravar la falta. Hay mayor mal moral en robar al pobre que al rico.

Estas distinciones se han observado siempre, y si los legisladores han parecido algunas veces engañarse en este punto castigando más severamente lo que es ménos culpable que lo que es más, por ejemplo, los delitos contra el fisco más que los delitos contra los particulares, es porque el interés de los principios se encontraba en aquel caso más comprometido, y porque se quería compensar, por un exceso de temor, lo que faltaba naturalmente á la conciencia.

Un cierto interés público, bien ó mal entendido, ha podido ejercer todavía determinada influencia en las represiones que se refieren al órden ó al bien general. Creése, sobre todo en las repúblicas, que el delito se halla en razon del número de los qne padecen sus consecuencias, aunque el grado del perjuicio experimentado por cada uno sea infinitamente pequeño; se hace de la cosa pública, de la patria, un ídolo, y de todo atentado contra ella un sacrilegio. Los Japoneses castigaban con la muerte el contrabando con la China, y esta pena los arrebató 4.000 ó 5.000 personas en un siglo (1), pérdída seguramente más grande que las que experimentaría el Imperio si el contrabando fuera algo más onsiderable, ó la pena mucho más suave, si, por ejemplo, sólo fuera pecuniaria.

Como se ve, trato de la cuestion económica, la de saber hasta qué punto las naciones se hallan interesadas en aislarse comercialmente, en qué circunstancias y hasta qué punto.

El contrabando no es más que una especie de robo público. El buen sentido del pueblo mira con razon este robo como incomparablemente ménos culpable que el que alcanza á los particulares.

---

(1) Kæmpfer, IV, 8.

Las leyes que se ponen en contradiccion con el buen sentido, tienen, por lo tanto, una doble falta: si la opinion general, aun cuando sea errónea (hablo de algo inferior al buen sentido), se opusiese á una medida legislativa, esta medida sería ya mala por sí. El legislador debe rehacer la opinion cuando es falsa, y no ponerse jamás en contradiccion con ella, excepto cuando exija de él alguna injusticia, cuando por ejemplo, inspirada por un fanatismo ciego, demande al soberano que todos los pecados sean castigados como atentados jurídicos, como faltas sociales.

Hay tambien una especie de iniquidad en castigar la desgracia, y aun la misma falta si se quiere, como se castigarían la maldad y el dolo; por ejemplo, privando para siempre de la libertad á un deudor insolvente: en esto habría alguna mayor crueldad que si se le quitara la vida (1). Comprendo que el fruto del trabajo de un deudor insolvente (2) pertenezca á sus acreedores; este es un derecho estricto; pero que su libertad y su vida le sean arrebatadas por esto, es lo que no consideramos justo, puesto que no hay analogía entre la falta y la pena. La analogía ha podido conducir á abusos en materia de legislacion criminal, pero si hubiese sido prudentemente seguida, habría prevenido más abusos que dado orígen á ellos. Esta sería toda la cuestion, aunque se pudiese probar que la analogía conduce á veces á penas injustas; prueba que á nuestro entender no se puede hacer todavía. Los que la atacan no se aperciben de que la analogía es únicamente el principio de la eleccion de las penas, pero que este principio no es responsable del grado de la pena ni de su moralidad. La justicia y la moral son las que deben dar los otros dos principios propios para regular *la legalidad del primero*.

VI. Las consecuencias de un delito, su resultado feliz ó funesto para el que debía sufrir sus consecuencias ó para el público, son tambien causas que conducen á la indulgencia ó á la severidad. Sin duda se puede decir moralmente con

---

(1) No puedo creer que este sea el verdadero sentido de cierta ley romana sobre la cual tanto se ha escrito. V. L. 6.ª, Tab. III. Por lo demás, esta disposicion no sería la única de esta especie; Solon dictó una análoga, y los Germanos, segun Tácito, no eran ménos despiadados con los deudores insolventes. Volveremos sobre este asunto.

(2) Y por consecuencia, su libertad en cierta medida y bajo ciertas condiciones; pero no la libertad en el sentido absoluto de la palabra.

el emperador Adriano: *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* (1); pero el mal realmente ocasionado, debe entrar tambien por algo en un sistema penal que no atiende sólo á la intencion: digo más, debe ser la base primera, la base esencial de la culpabilidad: por lo demás, basta que el acto sea imputable.

VII. Por esta misma razon se debe ser más severo con el autor de un delito, cuyas consecuencias probables deban ser más ó ménos desagradables, aunque estas consecuencias no hayan sido claramente queridas por el culpable.

VIII. Se castigan más severamente tambien los delitos más fáciles de cometer, ó contra los cuales es más difícil resguardarse, tales como el robo de instrumentos de labranza y de bestias en los campos, de sementeras plantadas ó segadas, y de objetos muebles en los lugares públicos, en los hoteles. «En la isla de Man, dice Blackstone, esta regla tenía tan gran extension, que el robo de un caballo ó de un buey, no era castigado con la muerte, á causa de las dificultades de ocultar lo robado, en este pequeño territorio, ó de sustraerlo fuera de la isla; pero el de un cerdo ó el de un ave, era un delito capital por la razon contraria» (2). Lo mismo sucede con el robo en los caminos reales, con el robo á mano armada, con las violencias ejercidas contra un niño, contra una mujer ó contra un anciano.

La violacion del domicilio ha sido considerada siempre como una causa agravante en consideracion á que la seguridad debe ser en ella mayor (3). El derecho lituanio condenaba al que había ocultado alguna cosa, aunque fuera de poca importancia, en el palacio real, á perder un oreja por la primera vez, y la vida en caso de reincidencia (4). En Polonia, el delito ó el crímen cometido no léjos del monarca, en su casa, en la ciudad ó en la aldea en donde se encontraba, se

---

(1) D., L. 48, tít. 8, l. 14.—V. tambien D., L. 14, ad leg. Cornel. *De sicariis.*

(2) *Código criminal de Inglaterra*. Parte 1.ª, p. 13.

(3) V. *Estat. de Crem.*, III, p. 72.—El domicilio comprende, no solamente la casa, sino tambien el jardin y el pórtico. El *Estatuto de Ferrara* extiende el domicilio á diez piés al rededor de la habitacion (*Statuta urbis Ferraris*, liv. III, c. 80).—V. tambien el *Estatuto de Tortona*, libro IV, p. 125. El de Milan exceptúa prudentemente de la agravacion de la pena por esta circunatancia á los mismos habitantes de la casa (*Stat. crim. Mediolani*, cap. 69).

(4) Macieiowski, *Slavische Rechtsgesch*, t. IV, p. 283.

consideraba agravante. El derecho lituanio hacía tambien de esta circunstancia un crímen de lesa-magestad, cuando se hacía uso de armas ó se inferían heridas en el palacio real. Si éstas se hacían sin armas y sin ataque que rechazar, el culpable era condenado á perder la mano (1). El tiempo, de día ó de noche, de paz ó de guerra, de escasez ó de abundancia, es tambien una circunstancia que debe tenerse en cuenta.

IX. Es necesario entender tambien por circunstancia de tiempo y de lugar, las épocas, los climas, los paises, los lugares públicos y los que no lo son, los que se hallan dedicados á ciertas reuniones con preferencia á otras. La Ordenanza de Monterean (artículo 40), establece lo siguiente: «El dia del sábado, que es de mercado, si se encuentra al delincuente cometiendo excesos en la persona de alguien, ó por razon de tal cosa ó delito, se le impondrá la multa ordinaria de cinco sueldos turneses; por razon de dicho dia del sábado y mercado, será de sesenta sueldos turneses» (2).

X. Las relaciones del culpable al ofendido, pueden igualmente agravar ó atenuar el delito. Un hijo no puede castigar á su padre, pero un padre puede usar de cierta severidad para con su hijo, principalmente cuando es todavía niño. Las relaciones de parentesco, de tutela, de marido y mujer, de señor y de criado, de superior é inferior, dicen bastante que los malos tratamientos cometidos en estas condiciones, tienen más ó ménos gravedad que cuando se verifican entre personas que no tienen otra relacion entre sí que las que existen entre todos los hombres como séres morales de la misma especie, ó se hallan unidos por lazos ménos estrechos que los precedentes.

Comparando las leyes de los pueblos bárbaros que estuvieron en vigor desde el siglo V al XII con las de las repúblicas desde el siglo XII en adelante, se encuentra que, durante el primer período, las penas señaladas para los delitos cometidos contra las gentes de iglesia, eran tres veces mayores que las penas ordinarias (3), mientras que en el se-

---

(1) Idem, *Slavische Rechtsgesch.*—V. tambien *Laudensium statuta*, c. 511.

(2) *La conferencia de las costumbres*, por P. Guenoys, Parma, 1596, t. I, tít. 26, números 9 y 13.

(3) Canciani, *Leges Barbar.*, t. II, p. 326, col. 2; p. 360, col. 2; t. III, p. 198, col. 2.

gundo período fueron mitigadas, y reducidas, finalmente, al nivel de las penas ordinarias, quedando la pena superior en beneficio de la autoridad civil. Este grado de exacerbacion fué doble en ciertos Estados (1), y se elevó en otros hasta el cuádruplo (2).

La dignidad del ofendido, su carácter público, hacían á veces elevar la multa hasta el séxtuplo (3).

En ciertos Estados, el grado de la pena fué tal que cambió la naturaleza del delito, puesto que se castigó como el crimen de lesa-majestad (4).

El *Statuto de Cremona* pena á los abogados consultores, á los patrones y á los árbitros en la misma categoría que á los jueces; la pena era cuatro veces mayor para los delitos cometidos con ellos que para los que se cometían contra simples particulares (5). Los campesinos que faltaban á los ciudadanos eran castigados con una pena doble de la que se imponía á los delitos de burgués á burgués (6). Análogos privilegios obtuvo la riqueza (7), y asimismo la instruccion, la educacion y las profesiones liberales (8). Cuando se extendieron los conocimientos, la instruccion obtuvo todavía inmunidades mayores (9).

La moralidad de las personas ha inclinado tambien á algunos jueces á ser más indulgentes con los unos y más severos con los otros (10). Hay mayor mal, en efecto, en la injuria hecha al hombre de bien que en la falta que se comete con el que no se respeta á sí mismo; pero estas condiciones

---

(1) *Stat. crim. de Milan,* c. 98; de *Lodi,* c. 976; de *Monza,* capítulo 17, 128.

(2) *Statuta curiæ Matarellæ Domi Ossulæ,* p. 40.—*Stat. de Novara,* p. 129, 130.

(3) Sainte-Croix, *Du gouvernement feodal,* p. 359.

(4) *Municipalía Cremæ,* p. 76.

(5) *Stat. Cremonæ,* p. 56; *Stat, de Casalmagg.,* p. 78; de *Ferraræ,* III, 77, p. 143.

(6) *Ibid.,* p. 53, 54.—*Stat. de Ferraræ,* III, 72.

(7) Canciani, *Leg. Barb.,* t. IV, p. 239, col. 2.—Cf. Montaigne, *Essais; Lóndres la cour et les provinces d' Angletorre,* t. III, p. 106; *Leges nov. reipubl. Genuæ,* c. 50.

(8) Véase la vida de Alarico, la de Amalasunta y la de Casiodoro.

(9) Véanse todos los estatutos de las ciudades de Italia, particularmente los de Brescia, c. 210, p. 197; el de Cremona, p. 94, 105; de Ferrara, lib. III, c. 67; de Crema, III, p. 76.—Cf. Sainte-Foix, *Œuwes,* t. V, p. 367.

(10) *Municipalia Cremæ,* III, p. 77.—*Criminal jur. Genuæ,* II, 5.—*Leg. Barb.,* en Canciani, t. I, p. 372, col. 2.—*Statut. comm. Placent.,* II, *De verbis injur.*

son difíciles de determinar y las apariencias engañan á veces. En todo caso, no se puede cometer injuria más grave á las personas respetables que ofendiéndolas en presencia de aquellos que las estiman (1).

XI. Conviene manifestar tambien que los delitos parecen más ó ménos graves, segun que amenazan á una ó más personas, es decir, segun que se cometen en circunstancias más ó ménos frecuentes. Así, el que envenena á su padre para gozar prematuramente de sus bienes, no parece tan peligroso como el malvado que asesina para robar. aunque su crímen sea más atroz. Quien envenena á su padre con miras interesadas, no cometería una muerte ordinaria, y pocos padres de familia temen tal tratamiento de parte de sus hijos. Compréndese, por lo demás, que el sentimiento de seguridad puede inclinar más fácilmente á la indulgencia como el de la alarma á la severidad, y que, por lo tanto, una circunstancia agravante de un lado, puede neutralizarse por una atenuante de otro y recíprocamente.

Farinacius deduce tambien una circunstancia atenuante de la incertidumbre en que se puede estar sobre el autor del delito, como, por ejemplo, cuando un crímen se ha cometido por un indivíduo que forma parte de una reunion (2). No podemos admitir que, si la reunion no tiene nada de ilícita, todos los que la compongan puedan ser castigados con la misma pena, aunque sea inferior á la que ha merecido el que comete el delito, prescindiendo del caso en que la denuncia sea obligatoria; pero áun en este caso, no convendría aplicar sino la pena que merece el que se niegue á denunciar, y siempre faltaría saber si puede alcanzar hasta los que no hayan podido aconsejar al culpable. Si, por el contrario, la reunion es para cometer un delito; si es sediciosa, por ejemplo, todos los que la componen pueden ser acusados del delito de reunion ilegal por causa de sedicion, pero no bajo otro concepto. Otro caso en que el autor presunto de un delito debe ser castigado, pero ménos severamente, es cuando sin formar parte de una reunion se halla designado por la opinion pública ó acusado por cierto número de hechos

---

(1) *Stat. de crem.*, III, p. 94; de *Pavie*, c. 16; de *Lodi*, c. 623; de *Valzesia*, c. 36 y 37; de *Intra et de Pallanza*, p. 101; de *Valsaoina*, c. 30, p. 12; de *Pontremoli*, III, c. 16, p. 72.

(2) Farinac., qu. 76, números 14 et suiv.

propios para engendrar una verosimilitud más ó ménos grave. Pero desde que se ha convenido en que no se puede castigar sino con pruebas ciertas y no con simples apariencias, es necesario renunciar á imponer castigo al autor incierto del delito. No se puede pensar en que descienda la pena al nivel de la incertidumbre (1), y en este caso no hay pena posible racionalmente.

Habríamos podido entrar en mayores detalles sobre las circunstancias atenuantes ó agravantes, pero en este punto el exceso es más de temer que el defecto. Dichosos si podemos librarnos de la censura de haber sido demasiado extensos en los detalles análogos, á los cuales descienden muchas legislaciones, y sólo el interés de la cuestion parecen justificarlos suficientemente.

Los jurisconsultos romanos dintinguían ya siete clases de circunstancias atenuantes, segun que se referían á la causa ó al motivo, al lugar, al tiempo, á la cualidad y al grado del delito, y, en fin, á las personas que le habían cometido ó que habían sufrido sus consecuencias (2). Nuestros antiguos criminalistas han seguido las huellas de los jurisconsultos romanos; uno de ellos, Tiraqueau, ha hecho un notable trabajo sobre la materia (3) admitiendo cuarenta y cuatro razones de atenuar ó de resistir la pena.

El derecho canónico, en el que tan gran parte tiene la moral, no podía dejar de admitir grados en los delitos de la misma naturaleza (4). Una de las principales razones de la

---

(1) Pueblos modernos se hallan todavía en este caso, como veremos mas adelante.

(2) Aut *facta* puniuntur, aut *dicta*, aut *scripta*, aut *consilia*... Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, cuantitate et eventu, L. 16, D. *Præm.*, et § 1, *De pœnis*.—Saturnin desenvuelve luego esta division.—V. Ulp., L. 13, D., *De pœnis*, y las observaciones críticas de M. Riviere sobre este pasaje *Reseña histórica de la legislacion criminal de los Romanos*. p. 52.

(3) *De pœnis temperandis vel remittendis* en su *Tractatus varii*, 1 vol, en fol.—V. tambien Farinacius, *De delictis et pœnis*. En el número de las circunstancias que necesiten la pena cuenta el caso en que se rompa la cuerda de un ahorcado. Este caso no es quimérico y había sido prescrito tambien por una ley inglesa de la Edad Media: «*Si latro suspensus fuerit et postea cadat de furca, quietus erit* ulterius de illo furto».—Honart, op. I, t. II, p. 249.—Véase tambien sobre este objeto: Lynden (J. c. C. P. van), *De moderanda pœna*, 1828;—Meersch (J. F. van de), *De justo* (προσωπογησας) *in pœnis infligendis moderamine*, Lugd. Bat., 1798:—*Revista de derecho*, 1850, t. VII, p. 424.

(4) *Corpus juris can*, secunda pars, caus, 2 quœst, 3.

arbitrariedad de las penas en nuestra antigua jurisprudencia, es precisamente la necesidad de apropiarlas, no sólo al delito, sino tambien al grado del mismo, grado que varía segun los casos.

Las leyes modernas, cuyo carácter es naturalmente más blando, han debido con mayor razon conceder más á la apreciacion de las circunstancias, lo cual sucede particularmente en todos los países en que el hecho ha sido sometido á jueces distintos. En los mismos países en que el jurado no se ha admitido todavía, los jueces son llamados á darse primero cuenta rigorosa del hecho, á estimarle en su justo valor moral y á aplicarle luégo la pena merecida.

El Código austriaco determina cinco circunstancias especialmente agravantes, y trece atenuantes, de las cuales diez se refieren á las personas y tres á los hechos (1). Coloca en el número de las circunstancias agravantes, la de haber cometido otro delito de la misma especie ó de especie diferente.

Si el Código neerlandés no ha creido deber investir al juez del derecho de rebajar la pena en consideracion de las circunstancias atenuantes en caso de delito capital, so pretexto de que sólo el jefe del Estado tiene el derecho de gracia, ¿no es esto, por ventura, tropezar con una dificultad creada voluntariamente, ó negarse á ser consecuente? Si hay en él circunstancias atenuantes, el crímen puede no ser capital sino en el nombre, y no se ejerce un derecho de gracia no condenando á muerte, sino puramente un derecho de justicia. Esto es querer ser muy severos para dar al jefe del Estado una apariencia de benignidad (2).

El Código del Brasil juzga conveniente, como la mayor parte de los que no admiten el jurado, enumerar con alguna extension las circunstancias agravantes ó atenuantes, contando 22 de la primera clase, entre otras, si el delincuente ha sido pagado ó si ha pretendido serlo para cometer el delito; si ha empleado malas artes para sorprender á su víc-

---

(1) *Código austr.*, primera parte, artículos 37-40, traduccion de M. Foucher.

(2) Esta disposicion del *Codigo holandés* es justamente censurada por un jurisconsulto del país M. Kœnigswarter, *Revista extranjera y francesa de derecho*, IV, p. 344.

tima, ó si ha aumentado con su crímen una afliccion ya existente (1).

Las circunstancias atenuantes, enumeradas en este mismo Código, son en número de diez (2).

El Código boliviano enumera tambien las circunstancias legalmente atenuantes. Siempre que la ley especifica las circunstancias que agravan ó atenúan el delito, el juez no puede admitir otras sin que la enumeracion que de ellas hace la ley sea supérflua: la sentencia debe ademas mencionar la circunstancia que ha sido tomada en consideracion. Se podía muy bien exigir al jurado que no admitiese otras circunstancias atenuantes que las que fueran reconocidas por la ley, y por consecuencia, que las diera á conocer en su veredicto; pero el jurado es más capaz de sentir que de pensar, y antes se debe esperar de él una impresion confusa, que exigírsele un discernimiento perfecto.

El Código de la Luisiana pone con mucha razon en el número de las circunstancias agravantes, las funciones públicas, de las cuales se halla investido el culpable, su elevada posicion social, su educacion, su conducta anterior, su fortuna, etc. (3). El Código belga, sin duda por imitacion del Código neerlandés, no ha extendido la facultad de atenuacion á todos los hechos del gran criminal (4).

Despues de todo lo que acabamos de decir sobre las circunstancias que aumentan ó disminuyen la culpabilidad, parece que se pueden muy bien definir las circunstancias agravantes, diciendo que son hechos accesorios al elemento esencial del delito, que le hacen jurídicamente más ó ménos grave, y por consecuencia, más ó ménos punible, sin embargo de no constituir nunca por sí mismos delitos distintos.

De esta manera descartamos todos los hechos que no tienen ninguna conexion con el delito, ó que sin embargo de referirse á él, constituyen por sí solos delitos distintos (5). Poco importa que uno de estos delitos no sea más que un medio, y el otro un fin, que el uno sea principal y el otro ac-

---

(1) Primera parte, artículos 15-17.
(2) *Ibid*, art. 18.
(3) *Revista extranjera y francesa*, t. II, p. 698.
(4) *Ibid*, t. XII, p. 729.
(5) Es delito esencialmente distinto el que se declara tal por la ley en el caso en que no es conexo.

cesorio: son dos delitos merecedores cada uno de una pena especial.

No ignoramos que esta manera de considerar las circunstancias agravantes de los delitos, se separa de la que es admitida por la mayor parte de los jurisconsultos y de las legislaciones. Generalmente se tiende á considerar dos delitos conexos, el uno como delito único, como delito propiamente dicho, y el otro como una simple circunstancia agravante del primero. Nosotros vemos aquí lo que realmente debe hallarse: dos delitos, de los cuales, el menor sería por sí mismo punible; vemos concurso de delitos, y por consecuencia acumulacion posible de penas. Volveremos bien pronto sobre esta cuestion. Por lo demás, queremos que la justicia humana no sea despiadada, que no use de todo su derecho; pero en interés de la verdad, de la perfeccion de la doctrina, de la justicia y de la moral misma, es necesario distinguir lo que debe ser distinguido; es necesario que no se aumente una pena ya suficiente, y que se sepa si no se aumenta la que podría ser aumentada, que se obra con generosidad y no con exceso de justicia. Es igualmente conveniente que los criminales mismos no ignoren que la sociedad no los castiga sino á pesar suyo, que cierra los ojos sobre una parte de sus faltas, y que es indulgente hasta en sus aparentes rigores.

La admision de las circunstancias atenuantes, áun cuando los jueces de derecho son tambien de hecho, presenta estas ventajas incontestables: 1.ª que el acusado no queda satisfecho por la repugnancia que los jueces sienten al verle castigado con una pena demasiado severa; 2.ª el hacer así la reprension más segura, más general, más poderosa, por la certeza en que se halla el acusado de que no ha de escapar tan fácilmente á la pena; 3.ª el habituar la conciencia pública á discernir las clases de crímenes y á perfeccionarse por la reflexion; 4.ª probar á los pueblos que la justicia no es arbitraria, que la vida del hombre, aunque sea culpable, tiene su precio, y un gran precio á los ojos del soberano: «Cuando el pueblo no ve gradacion en las penas, dice Blackstone, se inclina á creer que no la hay en los crímenes (8).»

Segun la definicion que hemos dado de las circunstan-

---

(8) *Comentarios sobre el Código criminal*, p. 16.

cias que modifican la gravedad del delito determinándole, es claro: 1.° que toda pena destinada á castigar un delito más ó ménos grave, debe ser susceptible de division ó tener grados; 2.° que el máximum debe reservarse para los delitos de una especie más gravemente caracterizada, y el mínimum para los que lo son ménos.

Dos reflexiones pueden hacerse aquí, sin embargo: 1.ª las penas indivisibles, si son juzgadas suficientes, y aunque sean una especie de mínimum relativo ó para los casos previstos, no hacen que se eche de ménos su indivisibilidad, puesto que en hipótesis son las penas más ligeras que se pueden imponer sin comprometer la dignidad de la justicia; 2.ª, si se quiere ver en ellas, por el contrario, un máximum que la sociedad no entiende traspasar, áun cuando podría hacerlo sin faltar á la justicia, es inútil que estas penas sean susceptibles de ser agravadas, que tengan grados superiores, como los tenía la pena de muerte en la antigua legislacion francesa. Esta pena se dividía en cinco especies, yendo acompañada de otras que la hacían más ó ménos atroz. La nueva ley prescinde de estos casos de exacerbacion, y su mayor castigo no tiene ya por cortejo los tormentos que podían ser merecidos, pero que se asemejaban mucho á la venganza, y perjudicaban á la justicia al mismo tiempo que hacían que inspirase horror.

Observamos tambien que si la pena señalada por la ley para un delito, no puede elevarse ni áun en un grado, cualesquiera que sean las circunstancias agravantes, (lo que tiene lugar cuando no puede ser impuesta sino en su máximum), no sucede lo mismo con la dicha pena considerada en su mínimum, puesto que el más bajo grado puede aumentarse. Entónces la especie del delito se cambia. Hay un término necesario á las circunstancias agravantes, puesto que por una parte el delito es definido por la ley, y por otra las circunstancias agravantes no son por sí mismas delitos previstos, definidos y castigados con una pena propia: puede haber en ella delitos conjuntos, pero esto es otra cosa. Por el contrario, en ella no hay límite asignable al mínimum, porque desde los hechos justificativos, ó las excusas perentorias, hasta las calificaciones más graves de un mismo delito, hay primero todos los grados que separan el máximum del mínimum, y además una série de hechos que no dejan del crímen propiamente dicho, sino el

nombre (1), pero que constituyen todavía un delito: hacen desaparecer el dolo, pero dejan todavía subsistente la falta Pueden tambien ser algo ménos, y no tienen más que un carácter de pura contravencion, á pesar del crímen material á que se refieren.

No se puede decir entónces con criminalistas muy distinguidos por cierto, que el juez, haciendo descender tanto la pena, determina más equitativamente la naturaleza del delito, la especie que le está sometida en apariencia: en ella, no ve sino lo que encierra, y no abusa de una primera denominacion. Toda denominacion de un hecho tan complejo como un delito, recae esencialmente sobre una abstraccion. El hecho por el contrario, es decir, el delito que se juzga, es esencialmente concreto ó determinado, y debe ser apreciado como tal. Poco importa, por lo demás, que la denominacion que hubiera recibido primero sea más ó ménos propia; hasta entónces sólo era un prejuicio susceptible de ser modificado: el juez se halla encargado de apreciar un hecho, y no de dar razon á una denominacion ó de dejar impune un delito mal calificado (2). Ese partido extremo sería un resto de aquel viejo fariseismo de las fórmulas de accion en que el espirante sucumbía bajo la letra, en que la forma vencía al fondo y en que el procedimiento parecía ser el fin y la justicia el medio. En este sentido, hemos vuelto á las penas arbitrarias; ¿pero qué vale más; que no haya penas para ciertos delitos, ó que sean demasiado severas? En esto consiste la cuestion, y plantearla en estos términos es resolverla. Como quiera que es la ley la que da al juez este poder, no se puede decir que las penas, en vez de descender á ciertos grados, sean aplicadas al arbitrio del juez y no segun la ley. Los dos últimos párrafos del art. 463 de nuestro Código penal, se hallan, pues, perfectamente razonados (3).

---

(1) Y áun es necesario cambiar este nombre que sólo fué dado primeramente por la apariencia del hecho principal.

(2) Es evidente que si la denominacion pecase en el sentido opuesto, por ejemplo, si se diera á un parricidio la benigna denominacion de injuria, el juez superior tendría la facultad de deshacer el error.

(3) Si es muy suave la denominacion provisional del delito, el tribunal que está encargado del asunto para la calificacion misma del delito que es atributiva de jurisdiccion puede siempre declararse incompetente y remitir el asunto á un tribunal superior. Si, por el contrario, la denominacion específica y provisional es demasiado dura, el tribunal ante

¡Qué diferencia, por otra parte, entre la arbitrariedad de las antiguas leyes penales y las nuevas! Los legisladores antiguos, sobre todo en los Estados despóticos, no habían hecho nada ó habían hecho incomparablemente ménos para restringir esta arbitrariedad. La indiferencia, el desprecio de la humanidad, la ignorancia, el deseo secreto de poder vengarse so pretexto de castigar, la pretendida utilidad del temor contínuo á una pena excesiva para los unos, como tambien la esperanza de otros de escapar más fácilmente á la justa pena de su crímen ó de no sufrir sino un castigo irrisorio: la satisfaccion interior que el juez debía experimentar al sentirse armado con un poder tan terrible, su docilidad ante el poder, tales son los motivos que explican en gran parte la arbitrariedad de las antiguas leyes penales.

Pero ademas de que el arbitrio que se deja al juez por las nuevas leyes se halla incomparablemente más limitado, sólo se debe al respeto de la justicia. La ley no le da tanta libertad sino para que se acomode más estrechamente á las exigencias de su conciencia; no quiere que el juez sea una máquina; le deja su naturaleza y su responsabilidad moral, y sólo le ilumina y le dirige. Hace bastante para que no se extravíe, pero no quiere hacer nada que se asemeje á violencia moral ó que quite al juez su justa parte de responsabilidad. No lo considera infalible, ni quizá al abrigo de toda debilidad: tambien le da reglas que le obliguen y le sostengan iluminándole, pero no le supone ciego ni perverso.

Otra consideracion relativa á las circunstancias graves que caracterizan los delitos, es que puede haber en ellos circunstancias agravantes y atenuantes á la vez. Este concurso da lugar á un cálculo aproximativo de más ó de ménos, ó de igualdad, que no puede ser regulado útilmente por el legislador, porque preferirá vanamente que se declaren circunstancias atenuantes si exceden á las agravantes ó recíprocamente, y será necesario siempre que se refiera á la conciencia del juez para hacer esta apreciacion comparativa.

---

el que se ha hecho la acusacion, puede hallarse investida del derecho de pronunciar sobre todos los delitos que correspondiesen á una jurisdiccion inferior cualquiera para evitar la lentitud y los gastos, porque pudiendo lo más puede lo ménos, ó bien remitirlo á jueces especiales. Esta última medida sería ya preferible á la impunidad.

El Código austriaco nos parece haber tomado un empeño supérfluo cuando recomienda atender á aquellas circunstancias que predominan y fallar en consecuencia (1).

¿Es, por lo demás, tan fácil comparar cosas tan diferentes como el bien y el mal moral con todas las formas que revisten? El espíritu se puede extraviar pretendiendo formarse una idea precisa, buscando otra cosa que esta última impresion, que es como la resultante de todas las impresiones particulares recibidas durante los debates. Bien veo que esta impresión es poco razonada, pero es quizá más natural y verdadera: entónces somos ménos activos, ponemos ménos de nuestra parte, y el resultado tiene, por lo tanto, un carácter ménos artificial.

Cuando la pena es indivisible, cuando no tiene máximum ni mínimum, se reputa no ser sino un mínimum; de otro modo, si tuviera un carácter medio, podría ser demasiado severa para los casos en que hubiera circunstancias atenuantes en la especie. Sin embargo, este carácter medio presentaría ménos peligros si el juez tuviera la facultad de aplicar una pena inferior en un grado ó en muchos.

---

(1) Art. 41, prim. part.

CAPITULO VI.

DE LA TENTATIVA.

SUMARIO.

1. La tentativa es en todo caso una falta moral. Es una falta civil; un delito áun cuando no vaya seguida de ningun efecto material cuando turba la seguridad.—2. Tres momentos que se distinguen en la ejecucion de un delito.—3. Consecuencias prácticas de esta distincion.—4. La meditacion de un delito no es un delito; no es más que un mal pensamiento; una intencion culpable ó un pecado. Puede, sin embargo, exigir medidas preventivas.—5. Estado de muchas legislaciones sobre la tentativa.—6. Estado de la doctrina en este punto.—7. Ya la ley romana habia distinguido entre la tentativa y el delito consumado.—8. De dónde procede el error en este punto.—9. Conclusion.

Hemos dado á conocer más arriba que el delito existe ya cuando sólo se ha intentado la accion; debemos dar alguna explicacion sobre este punto.

Se pueden distinguir con Rossi tres momentos en la ejecucion de un delito; su preparacion, su ejecucion propiamente dicha, y su consumacion.

Estos tres momentos son más ó ménos distintos, segun la naturaleza de los delitos.

La preparacion es interna ó externa.

En el primer caso, se medita pura y simplemente, y entónces escapa á la accion judicial.

En el segundo caso, es visible y puede probarse.

Pero es necesario, para que pueda ser castigada preventivamente y en interés de la seguridad pública, que concurran estas dos circunstancias; la primera, que esta preparacion tenga una conexion cierta con el delito, y la segunda, que el agente no haya renunciado á su proyecto.

Es necesario en todos los casos que la pena sea inferior á la que se aplicaría al comienzo de la ejecucion ó al delito consumado.

Esta distincion es importante por razon de que el delincuente puede renunciar á su designio, miéntras que este

designio no se ha cumplido, y es necesario ofrecerle algun interés para que se arrepienta de su obra.

Ademas es evidente, que bajo el punto de vista material, el que sólo ha preparado ó comenzado á ejecutar un crímen, ha causado ménos perjuicio hasta entónces que el que lo ha consumado por completo.

Añadamos, en fin, que si el legislador fuere demasiado severo, estaría ménos seguro de ser obedecido; la conciencia del jurado se decide difícilmente á reconocer la culpabilidad ante una pena que le parece demasiado dura. De aquí la impunidad y el escándalo que le acompaña.

¿Pero quién decidirá si el criminal deja de cumplir su propósito por la casualidad, el azar ó alguna otra razon contraria á su voluntad? Moralmente, es en estos casos tan culpable como si hubiera perpetrado el delito, pero no lo es tanto bajo el punto de vista puramente material. Y como esta última consideracion es muy importante para la sociedad, y es para los hombres más fácil de apreciacion que la del grado de culpabilidad moral, nos parece razonable no castigar tan severamente en este caso como cuando el crímen ha sido consumado materialmente.

Es necesario, por lo demás, no dar, por razon absolutamente valedera de esta diferencia, el que un criminal que no puede consumar su delito, se encuentra castigado ya hasta cierto punto por el fracaso, por la falta de satisfaccion que experimenta con no haber podido lograr su intento, mientras que el más afortunado experimenta, por el contrario, una satisfaccion que debe hallar su compensacion en la pena. Si este razonamiento fuese justo, sería menester castigar ménos al autor de un delito consumado que tuviera remordimientos, que al de un delito fracasado que no los sintiera. Por lo demás, á quien no ha logrado su tentativa criminal, queda siempre la esperanza de intentarla de nuevo si persevera en su designio, y esta esperanza es muy á propósito para calmar sus remordimientos culpables, mientras que quien ha cometido un mal irreparable, sólo se halla acosado de una idea, de la misma irreparabilidad de su falta.

Sería prudente, sin embargo, dejar al juez la facultad de aplicar el mínimum de la pena merecida al crímen materialmente consumado, en el caso en que la tentativa abortada demostrara gran perversidad.

Volviendo ahora á todos los momentos que constituyen la série entera de la tentativa, diremos principalmente que los actos internos no son jamás susceptibles de ser castigados *cogitationis pœnam nemo patitur* (1), puesto que sólo son malas intenciones, pero autorizan, cuando son muy graves y bien probadas, no á que se las imponga una pena propiamente dicha, sino á tomar precauciones ó á realizar actos defensivos, tales como la prision ó el destierro.

Si esto, no obstante, se quiere dar el nombre de pena á estas precauciones defensivas, estas penas tendrán su fundamento filosófico en el justo temor que inspiran las resoluciones criminales: la perturbacion voluntaria de la seguridad de otro es un delito.

En cuanto á los actos preparatorios, es necesario distinguir todavía, segun que son por sí mismos delitos ó no lo son. En el primer caso, pueden siempre ser castigados, hecha abstraccion del fin á que deben servir; en el segundo, no podrían ser perseguidos sino á causa del mismo fin que estaban destinados á preparar. Tal es, por ejemplo, la organizacion de un complot; sus preparativos son una amenaza para el órden públíco y descubren al ménos una intencion culpable, un peligro social, más ó ménos grande, merecedor de una represion propia para garantizar el porvenir (2).

El comienzo de la ejecucion, si el acto es indivisible, es tambien la consumacion del delito, y sólo se puede distinguir aquí entre la tentativa frustrada y la perpetracion misma. Pero si el acto criminal no es indivisible, si hay en él posible progresion, la culpabilidad es tanto mayor cuanto el crímen se halla más cerca de su término. Puede acontecer, sin embargo, que no haya nada criminal sino en el último momento de la série, siendo necesario para hallarse autorizado á castigar los actos que le preceden, estar perfectamente seguros de que se referían al último; que eran medios y medios eficaces, no medios quiméricos como muchos de los que empleaban los pretendidos hechiceros.

---

(1) L. 18, D., *De pœnis.*

(2) La preparacion del delito no ha sido siempre distinguida de la tentativa; muchos lo han castigado como intencion culpable.—Philon, *De spec. leg.*, ad. 6 et 7, *præcept. decalog.*—Josephen, IV, 8, 34; XII, 10, 36, XVII, 5, 5.—*Vendidad-Sadé*, p. 291.

Los jurisconsultos que se hallan de acuerdo en que la tentativa no seguida de efecto, el delito intentado ó el delito frustrado (1) es, sin embargo, punible, convienen no obstante, en que la pena debe ser menor que si se hubiera efectuado. Sólo admiten la excepcion para el crímen de lesa-majestad, de asesinato, de parricidio, de secuestro ó para los crímenes que se llaman atroces en general (2). Esta excepcion puede tener su razon de ser en la gravedad del delito, y, sin embargo, la gravedad de la pena es, por el contrario, una razon suficiente para hacer desaparecer esta excepcion. Otra hay todavía dictada por la prudencia, y es la de no desesperar al autor de un atentado; la de mostrarle, por el contrario, un interés constante para que renuncie á su culpable empresa.

Segun Jousse, el juez no tiene la facultad en los delitos ordinarios, de castigar la tentativa como el delito consumado, hallándose obligado á dulcificar la pena (3). Nuestra legislacion es mucho más severa. Tiene, en cuanto á la letra, el mismo espíritu que las Capitulares de Carlo-Magno (4), que las ordenanzas de 1579, de 1670 y el Código penal de 1791; sin embargo, es más benigno en cuanto á su espíritu, puesto que resulta de la discusion de las Cámaras en 1832 que las disposiciones de este artículo del Código de 1810 sólo han sido mantenidas, porque se ha contado con las circunstancias atenuantes que el jurado no dejaría de hacer valer. Quizá habría hecho mejor el legislador en contar consigo

---

(1) El delito intentado propiamente dicho ó interrumpido, es aquel que se impide sea ejecutado (lo que no debe confundirse con su preparacion) por una fuerza extraña voluntaria ó no. El delito frustrado es el que no ha sido impedido pero que no ha tenido éxito aunque se hayan empleado los medios propios para consumarlo. Todo delito intentado es un delito frustrado en el sentido ámplio de la palabra, pero todo delito frustrado no es un delito intentado en la acepcion propia de la palabra tentativa. Por lo demás, el delito intentado y el delito frustrado son ambos opuestos al delito consumado y el delito impedido es opuesto á los tres así como el delito abandonado. Estos dos últimos casos no tenemos necesidad de explicarlos. Es ademas evidente que el delito suspendido no puede ser castigado como el consumado. El delito abandonado no debe serlo tampoco al ménos cuando el abandono se verifica en los preparativos. Es necesario, observar, en efecto, que la suspension ó el abandono pueden referirse á los preparativos ó á la ejecucion como en los preparativos de un envenenamiento lento ó en la administracion sucesiva del veneno; importa no confundir estas dos situaciones.

(2) Jousse, t. II. p. 637-639.

(3) *Ibid*, t. II, p. 639.

(4) Lib. VII, cap. 151.

mismo y en no descargar sus obligaciones sobre el poder discrecional de los jurados (1).

El Código belga castiga con la mayor pena el delito frustrado y el delito consumado, siendo ménos severo con la tentativa propiamente dicha. El del gran ducado de Baden distingue, por el contrario, entre el delito intentado ó interrumpido, y el delito frustrado.

El Código austriaco sólo menciona la tentativa (2), aunque entiende por ella el mismo delito frustrado. En general, la tentativa se castiga ménos severamente por las diferentes legislaciones, que el delito mismo (3).

Los criminalistas modernos hállanse casi unánimes en este punto, principalmente si el delito está en suspenso (4).

No hemos hablado de las disposiciones de la ley romana en este punto, porque la doctrina no parece exenta de contradiccion. Sin embargo, las máximas siguientes son bien claras: «Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio damnandus.—Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id postea domino reddidit, fur est.—Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliœ de sicariis pœna coercetur.—Maleficiis voluntas spectatur non exitus (5).» Y véase otras que no son, en efecto, más oscuras: «Eventus spectetur.—Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur.—Qui furti faciendi causâ conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit (6).» No tenemos que conciliar estos textos distinguiendo, ya las especies, ya los tiempos, ya los hombres. Es por lo ménos evidente que los jurisconsultos romanos distinguian á veces entre la tentativa y el delito, y

---

(1) V. sobre este punto la *Teoría del Código penal*, t. I, p. 373 y siguientes.

(2) P. 6, art. 7; p. 231, art. 6, traduccion francesa.

(3) *Código de las Dos Sicilias*, p. 273, art. 70, traduccion francesa.—*Código neerlandés*, *Revista de* Fœlix, I, IX, p. 959 y 969.—*Código sueco ibid.*, t. III, p. 197 y siguientes.—*Código del Brasil*, art. 16.—*Código del canton de Vaud*, *Revista de* Fœlix, Abril, 1844.

(4) Beccaria, Carmignani, Feuerbach. Mittermaier Weber, Hibans, Bauer, Legraverend, Carnot, Rossi.

(5) L. 13, *divus.*, D., *ad leg. Corn: de Sicar.*; L. 65, D., *De furtis*, L. 7, *Cod. ad leg. Corn. de Sicar.*; L. 14, D., *ad leg. Corn. de Sicar.*

(6) L. 16, § 8, D., *De pœnis*; L. 1, D., *De extr, crim,*; L. 21, § 7, D., *De furtis.*

que esta distincion los conducía á una rebaja de la pena en la tentativa.

No debemos sorprendernos de que la distincion entre la tentativa y la perpetracion del delito, tan universalmente admitida por los modernos, no se haya marcado en las legislaciones antiguas. La causa de todo hállase en la confusion de la moral y del derecho, confusion que no cesa de oscurecer las ideas, y que extravía á los espíritus más seguros. Porque cada uno siente en su conciencia que la culpabilidad moral ó subjetiva, es absolutamente la misma, en el caso en que, en contra de su voluntad bien manifiesta por otra parte, el delincuente no puede llegar á sus fines, y en aquel otro en que el éxito secunde sus propósitos criminales, decidimos sin vacilar que á los ojos de la sociedad, como de la conciencia, y de Dios mismo, debe ser castigado de igual manera.

Esta solucion tiene otro defecto en las legislaciones que no castigan el pensamiento, la mala intencion, la resolucion criminal, aunque se halle indudablemente atestiguada. En esto hay efectivamente una inconsecuencia, puesto que dicha voluntad ha sido mala, tal vez criminal, sobre todo si el indivíduo no ha cambiado de propósito. Y aun cuando no hubiera renunciado á sus designios perversos, ¿no es culpable el que ha querido el crímen en un tiempo, y no lo quiere ya en otro? ¿Por ventura la sociedad se contenta con que haya cambiado la voluntad del culpable? ¿Cómo podría asegurarse de ello? Si perdona la mala intencion cuando castiga la torpeza ó la impotencia, falta á la lógica, pone entre la volicion de un acto y este acto mismo, una diferencia moral que no se halla en él; pero aquí, como en muchas cosas, la lógica retrocede ante sus extremas consecuencias, porque ve en ellas un vicio que no la contraría en el mismo grado que sus deducciones primeras (1)

En resúmen, la culpabilidad va creciendo en el órden siguiente: tentativa abandonada, suspendida, interrumpida y frustrada (2).

---

(1) *Conrand Franz* Rosshirt, *Geschicht und System. des deutsch. Strafrechts*, t. I, p. 342, § 208.—Este autor hace de la tentativa un delito aparte.

(2) V. sobre este capítulo Romagnosi, *Genesi del dritto penale*, t. I, p. 216-344.

CAPITULO VII.

DEL CONCURSO DE LOS DELITOS Y DEL CONCURSO DE LAS PENAS.

SUMARIO.

1. Tantos delitos, tantas penas merecidas.—2. Delitos compuestos, complejos, reiterados y colectivos.—3. Distincion entre el concurso de los delitos y su conexion.—4. Distincion entre el concurso de los delitos y su complicidad.—5. Lo que en general han establecido los legisladores sobre este punto. Excepcion.—6. Otro sentido de la acumulacion de penas.—Reflexiones críticas sobre este punto.—7. Conclusion.

Un mismo indivíduo puede, relativamente al mismo fin criminal que se propone, cometer dos ó más delitos, por ejemplo, asesinar para robar, asesinar á dos ó más personas.

Este es un delito compuesto.

Es evidente que en estricta justicia, merece todos los castigos reservados por la ley á todas estas faltas cometidas separadamente. En principio, pues, cuantos delitos distintos haya, aunque conexos, aunque conduzcan á un resultado único, tantas penas deben imponerse, sean ó no de tal naturaleza, que puedan ser sufridas simultánea ó sucesivamente.

Habría igualmente doble culpabilidad y doble pena merecida, aunque los dos delitos fueran simultáneos ó distintos en el pensamiento solamente, por ejemplo, si un hijo militar infiriese malos tratamientos á su padre, que fuera tambien su jefe en la gerarquía. Aquí el acto material es único. Podrían llamarse complejos los delitos de esta especie.

Un delito puede tambien ser múltiple bajo otro punto de vista, á saber: cuando es repetido contra la misma persona, al cual se llama delito reiterado. Es necesario distinguir este caso del de la reincidencia.

Cuando un delito sólo es castigado como acto habitual ó

colectivo, por ejemplo, el hábito de la usura, forma un delito colectivo (1).

Si la usura es un acto civilmente punible, no es necesario que este acto sea reiterado para merecer una pena.

El delito colectivo se asemeja á los sofismas que los antiguos llamaban *sorites*. Presenta otros dos inconvenientes, á saber: que parece no ser más que un delito ficticio, y si la ley determina el número de actos necesarios para constituir el delito, se podrá referir á ellos impunemente, mientras que si no lo determina, hay una especie de arbitrariedad en hacerlo.

Hay concurso de delitos, propiamente hablando, cuando no existe entre ellos conexion, cuando el uno no es más que el medio ó el fin para la perpetracion del otro, y principalmente, cuando no han sido cometidos en el mismo tiempo ó contra la misma persona (2).

Es necesario no confundir el concurso de los delincuentes en la perpetracion del mismo delito, con el concurso de los delitos; muchos indivíduos no pueden cometer juntos más que uno solo; este es el caso de la complicidad; así como un solo indivíduo puede cometer muchos en el mismo tiempo.

Sólo hay concurso de delitos por parte de muchos indivíduos que obran juntos, cuando el acto del uno es distinto del del otro; en este caso no hay pura y simple complicidad. Por lo demás, la complicidad puede tener lugar en un delito compuesto, para uno de los delitos parciales, y la no complicidad para otros delitos conexos al primero.

En todo caso, el derecho estricto permite que la pena sea proporcionada al delito, y es pura benignidad de parte de la ley, el no imponer sino la pena más severa de todas las que se han merecido.

Esta indulgencia no ha sido admitida por todos los legisladores. El Código brasileño decide que: «Cuando un culpable sea convicto de más de un delito, se le apliquen las

(1) Estas diversas denominaciones son algo diferentes ó están tomadas en otras acepciones que en las que generalmente se las usa. —Cf. *Rauter*, t. 1, p. 226 y siguientes.

(2) *Niccola Nicolini* define la conexion: «Una relacion existente en la intencion del delincuente que tiene por fin en la ejecucion hacer servir la muerte para el cumplimiento de otro crímen ó delito ó viceversa.» (*Principios filosóficos y prácticos de derecho penal*, traduccion francesa, p. 83).

penas establecidas por las leyes para cada uno de ellos; sufrirá sucesivamente las penas corporales separadas y contínuas desde la más fuerte á la ménos, teniendo en consideracion el grado de intensidad, no la duracion. Sin embargo, si ha incurrido en la pena de muerte, no podrá imponérsele ninguna otra pena corporal; sólo la de multa podría imponersele en tal caso (1).

Si no hay injusticia en la acumulacion de la penas, hay por lo ménos poca humanidad; debiendo, por lo tanto, aplaudir la benignidad de la mayor parte de los legisladores que han dejado en el olvido las penas debidas á los delitos menores para castigar el más grave. Pero esta indulgencia, necesario es reconocerlo, no es posible sino fuera de los sistemas fanáticos de expiacion, de la justicia absoluta, de la obligacion moral para la sociedad de hacer pagar al culpable hasta el último óbolo. La sociedad no se halla moralmente obligada á castigar, y sólo lo está por su interés. Tiene quizá el derecho de hacerlo sin este interés, pero este derecho puede abandonarlo total ó parcialmente, cuando cree haber atendido suficientemente á su seguridad.

Se puede tambien entender por concurso de penas, acumulacion de penas de naturaleza diferente, por ejemplo, las penas aflictivas unidas á las penas pecuniarias solamente, ó las unas y las otras á las penas infamantes.

Bajo este punto de vista, hay más conexion entre las penas infamantes y las aflictivas, que entre las pecuniarias y las corporales. La infamia moral es la consecuencia necesaria de toda pena grave; la infamia civil ó la incapacidad de ejercer ciertos derechos domésticos, civiles ó políticos, se halla ligada más estrechamente á la pena pecuniaria ó aflictiva, y podría algunas veces quedar separada de ella.

Pero se comprende bien que el que paga con su cuerpo, no puede dispensarse de pagar con su bolsillo, ó recíprocamente. Tambien las leyes de Atenas prohibían la acumulacion de las penas aflictivas y de las pecuniarias.

---

(1) Art. 61. Primera parte.—V. tambien el Código austriaco, art. 82, 83, 84, 87, 88.—La ley del Estado de New-York admite tambien la acumulacion de penas.—El Código penal chino es más indulgente que muchos códigos cristianos, puesto que sólo impone la pena mayor por los delitos cometidos.—V. Código penal chino. t. I, p. 60; Cf. p. 51.

No es, sin embargo, tan esencial separar estas penas, como aplicarlas bien para cada especie de delito. Si uno de ellos es de naturaleza compleja, y la analogía exige una pena mixta, ¿por qué no se ha de atemperar la pena corporal á la pecuniaria, y ésta á aquélla, de manera que las dos, impuestas juntamente no formaran sino una pena total, que no excediese de la medida del delito?

En resúmen, la culpabilidad va creciendo del delito complejo al delito compuesto, pasando por el delito conexo. En cuanto al delito repetido, pertenece á la cuestion de la reincidencia. El delito colectivo es poco admisible, y pertenece más á la moral que al derecho, pareciéndose mucho á una recriminacion de tendencia ó de intencion. Hállase por otra parte mal definido por la ley, y sólo puede serlo de una manera arbitraria.

Volveremos sobre el concurso de las penas, en el libro siguiente.

CAPITULO VIII.

DE LA REINCIDENCIA.

SUMARIO.

1.—Lo que debe entenderse por reincidencia.—2. La reincidencia, ora se entienda en el sentido genérico, ora en en el específico, ha sido tomada en consideracion desde muy antíguo.—3. No en todas partes ha sido considerada de la misma manera.—4. Las diferentes maneras como se la ha considerado no dejan de ofrecer dificultades.—5. El aumento de pena que se la impone no deja de ofrecerlas tambien.—Desarrollo de este punto.—Tema de discusion.—Ocho argumentos:—*a)* La reincidencia supone un grado superior de perversidad? Consecuencias; *b*) La reincidencia es más culpable como tal que la complicidad de los delitos? (1); *c*) ¿La pena que se impone á la reincidencia como tal no cae en el vicio *non bis in idem*?; *d*) ¿El elemento moral del delito en caso de reincidencia puede motivar la agravacion de la pena?; *e*) ¿El indicio que se pretende sacar de la reiteracion de un delito prueba más depravacion moral que la diversidad de delitos en un mismo agente?; *f)* Otras cosas peregrinas que se deducen de la agravacion de la pena que se impone á la reincidencia; *g*). ¿Esta agravacion puede ser motivada en la insuficiencia de la pena pura y simple?; *h)* ¿Puede serlo por el interés público?—6. Objeciones contra estas consideraciones.—Respuesta.—7. Dificultades de otro género suscitadas por la cuestion de la reincidencia.—8. Se hallan, parcialmente al ménos, en la historia de la legislacion criminal.—9. Como se explica y se excusa, sin embargo, la agravacion de la pena en caso de reincidencia.—10. Peligro próximo de esta teoría.—11. Medio de prevenirla.—12. Resúmen.

La palabra reincidencia significa recaida. Pero hay recaida en el delito en general y en una especie particular de delito: este segundo sentido es el más natural. Para que haya recaida, en el sentido más estricto de la palabra, es

(1) La complexidad (ó la conexion y sobre todo la composicion) debería llevar consigo dos penas ó una pena más grave que la reincidencia, siguiendo la máxima muy aplicable en este sentido: «Actiones præsertin pœnales, de eadem re concurrentes, alia, aliam nunquam consumit.» 4. *Nunquam actione,* 230. *De divers. reg juris.*

necesario que el nuevo delito sea del mismo género que el antiguo; es necesario, ademas, que la recaida sea cierta, es decir, que los delitos hayan sido probados judicialmente y que haya habido condena definitiva (1), pero no es necesario que la pena haya sido sufrida.

Segun Herodoto (2), los Persas hacían entrar en la apreciacion de la pena que podía merecer un crímen, la conducta pasada del culpable, cuya consideracion atraía una pena más ó ménos grande y áun una exencion de la pena (3). Aristóteles era de opinion de que la recaida merecía mayor castigo. Puffendorf se apoya en estas autoridades (4) y profesa la misma doctrina.

Las leyes romanas castigaban más severamente el delito habitual (5). En el Bajo Imperio, en materias religiosas, bastaban dos circunstancias para probar la reincidencia simple, y para que hubiese costumbre á los ojos de la ley (6); siendo tratados los relapsos más rigorosamente que los que caían por primera vez en la heregía (7).

Los legisladores modernos, sin exceptuar al emperador de la China, han seguido á los antiguos en este punto; pero á veces cambian la naturaleza de la pena y otras la agravan únicamente, imponiéndola en su máximum, doblándola, ó ya imponiéndole circunstancias que aumentan su su rigor (8). La reincidencia no es considerada en este último caso como una circunstancia agravante, mientras que en el primero tendría la virtud de cambiar la naturaleza del crímen.

El Código de Suecia (9) en el proyecto al ménos; los de los Países-Bajos (10), de Austria (11), de la Prusia (12), de la

---

(1) El Código napolitano castigaba la reincidencia en el caso en que el primer delito no hubiese sido probado judicialmente. *Revista crítica de legislacion*, t II p. 373 y siguientes.

(2) *Herodoto*. I, 13; VII, 194.

(3) *Rhet*, I, 14.

(4) *Derecho natural y de gentes* VIII, 22.

(5) L. 28, §. 3. D., *De pœnis*; L. 1, D., *De jure patronatus*, etc.

(6) L. 3, cod., *De jure espic.*

(7) C. *ad abolend* 1, *De hœret.*

(8) C. penal francés, artículos 56, 58. Código de las Dos-Sicilias, artículos 78-79.

(9) *Revista extranjera y francesa de legislacion*, etc., t. III, p. 200.

(10) Ibid t. IX, p. 965 y 966.

(11) Art. 37, núms. 1 y 2; art. 42.

(12) Art. 52 y 46.

Noruega, de Dinamarca (1), de Hungría (2), del Brasil (3) y del canton de Vaud (4), no cambian la pena para la agravacion.

Dos observaciones tenemos que hacer sobre estas legislaciones:

Primera. Las unas, como las de Francia, Austria y las Dos-Sicilias, ven un caso de reincidencia en los delitos del mismo género, aunque las especies sean diferentes; otras, por el contrario, no ven reincidencia mientras los delitos no son de la misma naturaleza.

Segunda. Las unas preveen el caso en que haya muchas reincidencias, como el Código de la Luisiana y el del canton de Vaud; las otras sólo atienden á la reincidencia en general, sin tener en cuenta el número de ellas. Estas son diferencias muy notables.

Pero las disposiciones más notables de los códigos modernos en materia de reincidencia son quizá las del Código de Baden. La pena propia, en este caso, no debe tener lugar sino en tanto que el nuevo delito es del mismo género ó de un género análogo al primero, y esto únicamente respecto á nueve clases de delitos, indicados por la ley, que han parecido al legislador de tal naturaleza que pueden degenerar en hábito (5).

La pena de la reincidencia sólo puede consistir en una agravacion del primer castigo, pero nunca puede elevarse á una pena de un grado superior. Ademas, el juez del segundo delito tiene la facultad de revisar un juicio que hubiera merecido condena.

Esta última disposicion es bien extraña. Este singular derecho de revision, concedido por el legislador á un tribu-

---

(1) *Sumario de las legislaciones de los Estados del Norte* por Aegelot.

(2) *Inst. jur. crim. hungar.*, por Matias Vachetich, p. 167.

(3) Art. 16 y 17.

(4) *Revista de derecho*, Abril 1844, p. 295.

(5) Es decir para el robo, estafa, concupiscencia, usura, bandolerismo, concusion; crímen de monedero falso y falsificacion de papel del Estado; heridas hechas con premeditacion, homicidio y heridas graves hechas en riñas ó disputas con violencia; violencia, violacion de personas ántes de la edad adulta ó privadas de sentido, seduccion de niños menores de catorce años, crímen contra naturaleza;—crímen de incendio, usurpacion de propiedades con dolo, venganza ó codicia;—caza furtiva, —delito de vagancia y mendicidad;—rebelion, violencias públicas, sedicion; etc., *Ibid.*

nal del mismo órden sobre simples piezas indudables, es una latitud inaudita. Las pruebas, los testimonios pueden perderse; la fisonomía, y, por consecuencia, la impresion moral de los debates, no podían ser las mismas. Y si esta revision concluye en la casacion por simple vicio de forma, ¡qué poder tan exorbitante no se daría á un tribunal, no ménos sujeto al error, que aquel cuya sentencia puede revocar!

Ademas, estas consecuencias podrían ser mucho más funestas, debiendo conducir á otra cosa que á agravar la pena reservada al delito puro y simple.

En una época más remota, y en pueblos en que el derecho romano había ejercido hasta entónces ménos influencia que en la mayor parte de los otros pueblos de Europa, la agravacion de la pena por causa de reincidencia era desconocida. Así, en Dinamarca las leyes de Jutlandia fueron las primeras en castigar la reincidencia. Hasta el siglo XIII, el legislador no había tomado en consideracion esta circunstancia (1).

Desde los tiempos paganos hasta el siglo IX, la reincidencia en el robo no era punible en ciertos pueblos eslavos sino á la tercera vez, y llevaba consigo el deshonor áun cuando hubiera habido restitucion; y en Bohemia, la infamia que se imponía por el robo reiterado hasta dos veces, llevaba consigo la pérdida del derecho de comparecer en juicio Es necesario observar tambien que la infamia unida á la pena pecuniaria era una especie de gracia, puesto que el robo de una cosa importante era castigado con la horca, áun cuando se hubiera cometido por primera vez; pero como hubiera sido peligroso hacer perder el honor por poca cosa, y quizá injustamente, la acusacion de robo, sobre todo en reincidencia, sólo era acogida con determinado número de testigos; sin éstos, áun cuando el hecho hubiera sido cierto, la infamia no alcanzaba al culpable. Cuanto más elevada era la posicion del acusado, más considerable debía ser el número de testigos (2).

Si el fin de nuestro trabajo lo exigiera, tendríamos que investigar:

Primero. Hasta qué punto es justa una ley que, como la

---

(1) Kolderup-Rosenvinge's *Grundriss der dænischen Rechtsgeschichte*, etc., p. 222.
(2) Maciciowrski, *Slarische Rechtsgeschichte*, etc., t. II, p. 100.

del reino de las Dos-Sicilias, determina que haya una especie de reincidencia en el mismo caso en que no habido primera condena (1).

Segundo. Qué combinaciones lleva consigo el principio admitido por el Código penal francés, de que la reincidencia legal tiene lugar tambien en los casos en que los delitos no son de la misma naturaleza, y cuáles deben ser las consecuencias penales de estas combinaciones.

Tercero. Por qué castigando la reincidencia ciertas leyes, no penan, sin embargo, la reincidencia, doble, triple, etc.,

Cuarto. En fin, si la reincidencia simple puede merecer una pena de un grado superior (2) ó la del doble (3). Pero todas estas cuestiones serían supérfluas si la agravacion de la pena en caso de reincidencia fuese poco sostenible en rigor.

Sin afirmar una suposicion que parece ser condenada por el sentimiento universal y por la práctica de la mayor parte de los pueblos, hemos creido, sin embargo, deber desarrollar los motivos que parecen militar en favor de la pena pura y simple, áun en el caso de recaida.

Digamos ante todo, que bajo el punto de vista del sentimiento, nos inclinaríamos á ver en el reincidente *(recidif)*, (4) una mayor culpabilidad, en lo cual nos hallamos conformes con la mayor parte de los legisladores y de los criminalistas filósofos; pero surgen, reflexionando, las numerosas dificultades siguientes:

1. Si la reincidencia es una circunstancia agravante, porque supone, se dice, un grado de perversidad mayor,

---

(1) Art. 85.—Tambien el Código napolitano distingue entre la reincidencia y la reiteracion. Niccolo Nicolini *ob. cit.*, p. 30.

(2) Código penal francés, art. 56.

(3) En las leyes lombardas se consignaba la pena doble que fué despues reproducida en los estatutos de muchas repúblicas de la Edad Media. Canciani *Leges barbarorum antiquœ*, etc., t. I. p. 72 col. 1.—En el Código penal francés tambien está este caso, arts. 56, 57 y 58.

(4) La palabra es francesa, y aunque ménos usada que la de *recidiviste* está mncho más conforme con la etimología de nuestra lengua. *Recidiviste* es regularmente el adjetivo que corresponde á *recidiviem*, como *socialiste* corresponde á socialismo. *Recidif*, por el contrario, se halla en la misma analogía con *recidios* que *craintif* con *crainte*, *hatif* con *hateé*, *pensif* con *penseé*, etc. La terminacion *if* indica más bien el hábito y la facultad; la terminacion de *iste* la cualidad de sabio, de sectario, etc.

¿por qué una doble reincidencia no habría de ser circunstancia más agravante todavía, y por tanto castigada, como desean lógicamente ciertos legisladores, con penas superiores á las que se hallan reservadas para la simple reincidencia?

¿Será porqué mientras las reincidencias se multiplican, se hace más inveterado el hábito del mal, y porqué miéntras el hombre es ménos libre es ménos culpable? El borracho experimenta mayor pena en no embriagarse, cuando encuentra ocasion, y se inclina más fuertemente á ese hábito que el hombre que tiene costumbres sóbrias. La virtud de éste puede no costarle nada; puede ser una necesidad para él, mientras que aquél puede sufrir por su debilidad, á pesar de ceder á ella despues de haber intentado combatirla. ¿Dónde estará la virtud? Debemos convenir que del lado del delincuente.

Pero se hace con Puffendorff del hábito mismo un delito, so pretexto de que no se habría podido contrarestarle.— Esto es fácil de decir. Sin disputar sobre los comienzos del vicio, sobre las inclinaciones diversas más ó ménos pronunciadas, sobre las posiciones diferentes en que se encuentran los hombres, sobre los diversos grados de inclinacion de la pendiente del vicio, segun las circunstancias, etc., ¿no puede sostenerse, con visos de verosimilitud, que no es equitativo imputar á crímen todas las malas consecuencias posibles de un funesto hábito que se reprime en el momento, y por el hecho solo de que se reprime de la misma manera precisamente que si todas estas consecuencias criminales fuesen cometidas primero con una plena libertad? No, no son queridas desde el principio del hábito, puesto que no son previstas. Una vez contraido el hábito, estas malas consecuencias son queridas sin duda, pero bajo la influencia tiránica de la pasion.

Si estas son las razones que hacen cerrar los ojos á la mayor parte de los legisladores sobre las reincidencias multiplicadas, lo concebimos, pero no podemos considerarles consecuentes, si de acuerdo con el Código de Justiniano consideran ya la reincidencia simple como un hábito. Ó no castigais el hábito, ó castigais aquélla: si es ésta la que castigais, sed con ella tanto más severos, cuanto más perseverante se muestre, y entónces, léjos de dejaros vencer por ella, armaos de rigores siempre crecientes; y si no es aque-

lla la que pretendeis castigar, no veais más que los delitos en sí, y no hableis más de reincidencia.

2. Otra contradiccion es que sólo se considera un delito en muchos casos en donde hay varios, y se aplica una sola pena so pretexto de que los otros no son más que circunstancias agravantes. Aquí, por el contrario, un delito que ha sido cometido hace más ó ménos tiempo, meses, años, que ha sido expiado, se le resucita, aunque se haya borrado de el libro de la justicia, para encontrar en él un pretexto de castigar más severamente el nuevo delito. ¡En un caso no castigais tal delito porque es conjunto; en el otro le castigais doblemente porque es aislado, separado! Digo que le castigais doblemente, porque en efecto, ha sido castigado, y llega á ser ya, por una especie de conexion forzada, el pretexto de un mayor castigo respecto al segundo delito. No quereis ver la conexion cuando existe, ó sólo secundariamente la teneis en cuenta, mientras que obrais violentamente cuando no existe, para tener ocasion de mostraros rigurosos.

3. Se dice que no es el primer delito el que se halla así confundido; no es tampoco el segundo, que no es más grave en sí que el primero. ¿Qué es lo que castigais entónces? Es, decís, el exceso de perversidad, un mayor grado de maldad que se revela por el solo hecho de la reincidencia. Esta es vuestra razon capital, hé aquí la apreciacion.

a) Convenís en que no debeis castigar las intenciones, las voluntades, los deseos, por reprensibles que sean moralmente. Estos hechos internos no són en sí delitos, aunque sean pecados. Sin duda no se debe castigar más que los delitos cometidos con intencion, con conocimiento de legal de causa: pero nuestras leyes no exigen más; no se ocupan del grado de la voluntad, del deseo, ni de la intencion; no podrían hacerlo aunque quisieran. Basta, pues, para que haya pena aplicable, que haya imputabilidad legal. El exceso de los sentimientos del agente es abandonado á su fuero interno, ó al juicio de la divinidad, que es única que puede apreciarle con perfecta justicia. ¿Qué es lo que la ley castiga en general? ¿Qué es lo único que debe castigar? El perjuicío ocasionado por un acto imputable, la lesion actual de un derecho adquirido.

Es, por lo tanto, la materia del delito voluntario, la medida de la pena, y de ningua manera el grado de maldad en

la intencion (1); de otra suerte, repito, castigais lo que no es un delito; olvidais el derecho por la moral, equivocais vuestra mision; os poneis en contradiccion con vuestras propias teorías sobre la tentativa, teorías en las que habeis reconocido perfectamente que un crímen concebido, proyectado, en estado de resolucion pura y simple, en el estado interno, no es susceptible de ser castigado, áun cuando llegue á revelarse por hechos que son inocentes en sí.

b) Pretender medir el grado de maldad y no simplemente el acto malo, y en el grado en que esta maldad se revela, por lo que contiene de atentatorio al derecho de otro, es olvidar que la justicia criminal no tiene por objeto la retribucion del mal físico por el mal moral, que no descansa tampoco sobre el principio de la expiacion: estos principios erróneos han sido ya desautorizados y han debido serlo. La justicia humana, en materia penal, es la retribucion del mal físico por el mal físico, ocasionado con intencion en la medida permitida por la justicia ó por la igualdad, ó al ménos en una medida inferior, puesto que la sociedad tiene el derecho de remitir una parte de la pena que podría imponer justamente.

c) No se sujeta, pues, á una estricta retribucion, á la justicia absoluta; esta justicia conduciría ademas á la crueldad. Tampoco podeis reclamar en nombre de semejante principio un aumento de severidad en la pena que va á afligir al reincidente; de otro modo, nuestra legislacion sería mil veces deficiente, y mil veces merecería el dictado de injusta, particularmente cuando deja acumular los delitos sin acumular las penas.

d) ¡Castigais el exceso de crueldad en la reincidencia! Pues bien; yo os digo que ese exceso sólo puede ser imaginario. En efecto; tal indivíduo que comete un primer delito, puede ser punible ya con el máximum de la pena, mientraque si el segundo delito era solo, no lo sería sino con el mínimum. ¡Veis en ello un exceso de perversidad! Yo, á pesar de la reincidencia, solo veo una enmienda, y esta enmienda, es tanto más considerable, cuanto más vehemente

---

(1) Salvo el beneficio de las circunstancias atenuantes del que no tratamos aquí: ahora sólo se trata de una cosa, de saber si la reincidencia puede ser una circunstancia agravante.

haya llegado á ser la pasion por el hábito ó la necesidad, etc. Recuérdese lo que hemos dicho ántes sobre el hábito.

¡El hábito! ¡Castigar el hábito! ¿Cómo pensar en ello? Hay tres cosas en el hábito activo; el *hecho exterior*, el *movimiento interno* que conduce á él con más ó ménos fuerza, á consecuencia de la reiteracion más ó ménos frecuente del acto, especie de movimiento automático; y en fin, para los que juzgan, la *identidad* y la *sucesion* de estos actos como de la misma naturaleza, como encadenándose en el tiempo, y como teniendo causas particulares psíquicas y orgánicas poco conocidas. Y yo pregunto, ¿dónde está aquí esa perversidad de que se habla, punible por sí misma ó porque se halla seguida de un acto perjudicial? ¿Es el hecho externo? No; éste se halla por sí mismo desprovisto de toda moralidad. ¿Se halla en el impulso interno? No; éste no es legalmente imputable: no lo es tampoco moralmente como movimiento automático ó habitual propiamente dicho. ¿Se halla en esos juicios, en esas abstracciones que nos distinguen de los animales y que engendran la nocion del hábito? Mucho ménos todavía, puesto que un tercero puede hacerlas más impunemente; y sin embargo no hay otra cosa en el hábito. Tened en cuenta todavía la parte de la inteligencia, de la pasion, de la libertad, y no encontrareis aquí nada que sea delito, nada en sí punible.

El hábito no es, pues, punible en sí mismo.

¿Lo sería porque fuese acompañado de un acto perjudicial? Y esta conexion ¿sería por sí misma un crímen? Solo el acto injustamente perjudicial es él que debe ser castigado, y por lo tanto, el que es punible: esta es la verdad.

4. Insístese y se pretende que hay dos cosas en un delito, dos elementos, el uno material y moral el otro, y que el segundo es el que debe servir de base á la pena. Concedo la primera de estas proposiciones, pero niego la segunda. Independientemente de las razones aducidas más arriba, haré observar que se equivocan sobre el papel que se hace jugar en derecho criminal al elemento moral. No se ve que la justicia humana no puede ni debe ocuparse en este punto de otra cosa que de saber si el hecho ha sido voluntario y suficientemente probado, y que la cuestion del grado de la voluntad, de los motivos de esta voluntad, no puede tomarse en consideracion para agravar la pena desde el momento

en que hay inteligencia suficiente ó se presume tal. Si fuera necesario tener en cuenta los motivos diversos moralmente inocentes, moralmente buenos, bajo el punto de vista de la conciencia individual del agente (¿y quién es el que en definitiva no juzga por su propia conciencia?), no habría sido necesario descuartizar á Juan Chatel, ni á Ravaillac, ni á Damiens ni á los demás fanáticos, sino á lo más encerrarlos. No es la execracion de la posterioridad lo que habrían merecido, sino las palmas y los honores del martirio. Hé aquí adonde conduciría el principio de que la pena debe ser la consecuencia de la inmoralidad subjetiva de la accion y del grado de esta inmoralidad.

¿Se pretendería, por ventura, que la inmoralidad de esta accion no debe ser tomada de la conciencia del agente, sino de la del público ó de la de los jueces? En primer lugar nos saldríamos de la hipótesis y en segundo nos colocaríamos en un terreno que por ser nuevo no sería tampoco muy firme. Habría en primer término una gran injusticia en castigar en nombre de la moral actos en los cuales, sin embargo, se prescindía de lo único que les da un carácter moral, de la intencion del agente. Sería necesario, en segundo lugar, admitir entónces que la conciencia del indivíduo no es una regla de accion que se halla obligado á seguir, y que si la opinion (¡y qué opinion!) le sugiere un crímen, puede cometerlo con plena conciencia, cualquiera que sea su manera propia de ver. ¿Cómo conseguir que hubiese una moralidad pública sin haber conciencia moral individual? Esta hipótesis, como se ve, destruye la moral en sus últimos fundamentos y niega el principio que se quería establecer, á saber: que la pena y su grado deben ser la consecuencia del elemento moral que se halla en el delito.

En resúmen, ó afirmais ó negais; en el primer caso, ademas de que usurpais el juicio de Dios, que intentais un imposible, que caeis en la arbitrariedad, que confundís ciencias prácticas muy distintas, dais un salvo-conducto al fanatismo de todos matices; si por el contrario, decís que no, incurrís en una contradiccion.

No somos los únicos ni los primeros que hemos notado este peligro: M. de Rotteck dice perfectamente: «Es una temeridad determinar el grado de la pena segun las razones »morales, y una temeridad diez veces mayor pretender dar »á tal determinacion la fuerza de una ley jurídica y por con-

»secuencia una autoridad exteriormente represiva *(Zwan-»giweis zu handhabende Giltigkeit)*. Es absolutamente im-»posible llegar en este caso á una nocion clara, incontesta-»ble y de un valor objetivo; sería abrir todas las puertas á la »arbitrariedad más desfavorable en el legislador y el juez, »el determinar las penas segun una estimacion moral» (1).

Esto no quiere decir que la moral no deba ser respetada en las leyes penales en la eleccion de las penas como en su grado; pero no es más que una barrera, un principio negativo y de ninguna manera el principio positivo que debe servir de base á la penalidad. Este principio, segun el mismo autor, es el de una *justa retribucion*, es decir, de una retribucion *proporcionada á la gravedad del delito*, gravedad que se estima por el mal ocasionado voluntariamente. Esto no es, dice, la ley del Talion, en manera alguna el Talion se regula por el hecho sin comprenderle; el principio de retribucion proporcionada se halla subordinado al de justicia, y sólo sirve para determinar la naturaleza y medida de la pena bajo la direccion del principio de justicia. Estos dos principios deben siempre hallarse reunidos (2). Como se vé, esta doctrina es la quc nosotros profesamos.

5. ¿Quién no advierte una nueva contradiccion en el principio que combatimos? Si la reincidencia no debe ser castigada más severamente, sino porque es un indicio de una mayor perversidad, ¿qué va á suceder? ¿Es que donde quiera que este indicio se revele será necesario castigarle?

Fuerza es convenir en que quien comete muchos delitos de diferente naturaleza, no tiene á su favor ni áun la excusa de esta especie de hábito que tiende á la perpetracion de un delito de la misma especie: aquí no hay más que el hábito del género, pero no el de la especie. De manera que si se admite con algunas legislaciones el principio de que la reincidencia no es una causa de agravacion, sino en tanto que tiene lugar en la especie y no en el género, un individuo podría cometer con su conducta todas las categorías de crímen registradas en el Código penal sin ser merecedor de un aumento de castigo á causa de la reincidencia, áun cuando hubiera elegido en cada especie el caso más grave. Al lado de un santo de esta naturaleza podría encontrarse

---

(1) *Lehrbuch de Vernunftrechts*, etc., t. III, p. 236.
(2) *Lehrbuch des Vernunftrechts*, etc., p. 231 y siguientes.

un desdichado reincidente que no hubiera cometido en su vida sino dos delitos de los ménos cualificativos, y, sin embargo, sería considerado bastante perverso para merecer el máximum de la pena señalada á su delito, tal vez el doble del máximum y quizá una pena superior y de otra naturaleza. ¡Oh justicia! ¡Santa juslicia! ¡Lo que llegas á ser en manos de jurisconsultos tan adictos á la moral! ¿Y la moral misma no tendría tambien motivos para quejarse? De esta manera, confundiendo estas dos tendencias, se las desnaturaliza á ámbas, y se corrompe el derecho por la moral y la moral por el derecho.

6. ¿Se pretende deducir otras cosas peregrinas del sistema de la agravacion por causa de reincidencia, principalmente en el sistema en que no hay reincidencia agravante sino en tanto que el delito es de la misma especie, de la misma denominacion, de la misma categoría respecto á la gravedad en presencia de la ley? Hé aquí todavía algunas:

a) Un ladron ha sido condenado por primera vez al máximum; la segunda vez su robo es más grave, ménos excusable, y por consecuencia se le impondrá tambien el máximum. No trato del lado moral de la cuestion; pero pregunto: ¿dónde está aquí la agravacion de la pena á consecuencia de la reincidencia? Podría preguntar tambien: ¿dónde está la lógica?

b) Otro indivíduo asesina primero, y más tarde roba (1); pero no habiendo reincidencia no se le impondrá por esta vez el *máximum* de la pena. Pero otro que no ha asesinado, que no ha hecho más que robar y poca cosa, pero en circunstancias tales que ha sido necesaria la ley, y una ley muy estrecha para condenarle, robara de nuevo y en las mismas círcunstancias: esta vez hay reincidencia, y aunque su robo sea más excusable que el del otro ladron, aunque no haya jamás manchado sus manos con sangre, se le condenará al *máximum*. ¡Y todo en nombre de la moral y porque es más perverso!

c) Un tercero es reincidente sin duda, pero tiene derecho

---

(1) Se me responderá quizá con el art. 57 del Código penal, pero además de que yo no me refiero más á una legislacion penal que á otra, replicaré que la disposicion de este artículo es contraria al principio que pretende que la reincidencia no tenga lugar sino para los delitos de la misma especie.

á circunstancias atenuantes, y hé aquí al juez más embarazado que el asno de Buridan. ¿Podrá decírsenos cómo se aplicará aqui el *máximum* y el *mínimum* á la vez? Adoptará, sin duda, un justo medio; pero un poco de injusticia y otro poco de justicia, por desgracia, es una verdadera injusticia. ¿Qué hará, pues? Yo sé perfectamente lo que tendría que hacer en nuestra legislacion, por ejemplo, si el art. 56 no existiese y el juez no se hallara mas embarazado que yo. Le haría callar, sin duda, en nombre del art. 463 (1) y del principio *favores sunt ampliandi*; pero el *in dubio obstine*, ¿qué sería de él en este caso? Tampoco puede abstenerse de juzgar. Completará el *in dubio* añadiendo el *si agere non necesse est;* esto es al ménos lo que nosotros haríamos.

7. Fúndase tambien en la insuficiencia demostrada de la pena sufrida, puesto que no ha corregido al reincidente. Este argumento es uno de los más débiles, de los mas falsos y de los más odiosos.

a) La pena no tiene civilmente por fin esencial el corregir.

b) Aunque tuviera por fin el corregir, no podría tampoco traspasar la justa medida marcada por la gravedad misma del delito á los ojos de los que admiten que la justicia debe servir para medir la pena en el sentido de que ésta no puede exceder de aquella medida, aunque pueda quedar por bajo de ella.

c) Si se admite, sin esta restriccion exigida por la justicia, que la pena debe ser impuesta en el grado necesario para corregir al culpable, y que sólo se considera suficiente con esta condicion, hé aquí las excelentes consecuencias que se derivan de este equitativo principio.

Sería necesario elevar vuestras penas, no solamente al

(1) El Tribunal de casacion ha variado la jurisprudencia en este punto: sent. cas. en Febrero de 1814 (*Bol.* núm. 11); sent. cas en 22 de Setiembre de 1820. (Bourguignon, t. III, p. 48); 2 de Febrero de 1827. (*Bol.* p, 25). ¿Por qué esta jurisprudencia que extiende el beneficio del artículo 463 á los casos de los arts. 57 y 58, no había de aprovechar igualmente á los casos del art. 56? Y, sin embargo, no es así, segun la opinion de M. M. Helie y Chauveau, t. I, p. 308, 2.ª edicion. Nosotros pensamos lo contrario, y fundándonos en la naturaleza de las cosas, razonamos á *fortiori* las disposiciones de los arts. 57 y 58 y las del art. 36, y nos atenemos á las palabras del ponente en la Cámara de los diputados cuando la revision del Código penal en 1832. V. *Teoría del Código penal*, p. 318 y 340, obra por otra parte excelente, de un espíritu verdaderamente filosófico, y en la cual nos hemos inspirado más de una vez.

máximum, como deseais, sino á un grado cualquiera, hasta la pena de muerte si hubiera lugar, y esto para todo delito reiterado, cualquiera que sea, aunque fuera la más ligera contravencion. ¿Aceptais estas consecuencias, vosotros, los que vituperais, no sin razon, la severidad de vuestras propias leyes, mil veces más indulgentes que vuestros principios?

Y no esto sólo: sería necesario que elevárais todas vuestras penas en la aplicacion, áun para el caso en que hayan sido violadas por primera vez. En efecto, quien viola la ley, no teme mucho la pena que le espera, la cual no es, por lo tanto, suficiente. ¿Direis, por ventura, que lo será cuando la haya cumplido y la conozca mejor? Lo concedo; pero os suplico que seais consecuentes. ¿Quién os dice que la misma pena sufrida, una segunda, una tercera vez, no sea tambien suficiente para prevenir una nueva reincidencia? Suponeis lo contrario, porque no ha podido contener la primera vez al culpable, y es de presumir, decís, que no tendrá más imperio la segunda vez que la primera. Esta presuncion no me parece legítima, en primer término, porque una pena llega á ser tanto más intolerable cuando es más repetida, á ménos que no pierda por el hábito de sufrirla toda su eficacia.

Esta presuncion tiene otro inconveniente todavía, y es el de ser una. No es justo castigar preventivamente ó por un delito que no es cometido; porque entónces se cae en el falso sistema que establece la defensiva ó la pena anticipada como base del derecho criminal, y se convierte toda la legislacion penal en leyes contra los sospechosos.

Es inútil responder que esta suspicacia no tiene lugar sino contra los reincidentes, porque, ó es legítima áun bajo este punto de vista ó no lo es: si no lo es, ¿por qué esta iniquidad no podría extenderse igualmente á otros? Si lo es, ¿quién tendría derecho á quejarse de ella y á qué conduciría entónces una distincion?

Pero debemos repetir que no es justo castigar un delito posible, ni áun probable; y eso es lo que vosotros haceis cuando fundais una agravacion fundada de la reincidencia en el temor de una nueva recaida, ó en una falta de correccion suficiente no ha sido corregida.

Notad, además, que si haceis entrar la ejemplaridad en el fin de la pena, será necesario elevarla por esta razon contra todos los delincuentes que se hallan en el principio de

su carrera, porque está demostrado por los hechos que el ejemplo no ha sido bastante eficaz; y entonces, ¿en qué vías de terror no os empeñais y hasta dónde no os conducirá ese sistema de atrocidades?

8. Antiguamente era el interés del individuo, su moralidad lo que se alegaba; quizá su inmoralidad. Ahora es el interés público, la seguridad comun que se dice no se halla suficientemente garantida sin esta agravacion de la pena.

Pero debemos repetir una vez más: si esta seguridad es la medida de la pena, sed atroces, draconianos y os hallareis quizá más seguros de vuestro hecho. Digo quizá, y debería decir que no, puesto que es cosa probada por los hechos como por el análisis del corazon humano, que cuanto más cruel es una legislacion es más detestada; las costumbres son más feroces; las leyes más despreciadas y hay más criminales.

¿Son necesarias tantas palabras para demostrar que el miedo no es la base legítima del derecho de castigar? Tomad todas las precauciones propias para establecer la seguridad, pero que estas precauciones no vayan á castigar delitos imaginarios, por probables que os parezcan.

La seguridad pública (no me refiero á la tranquilidad) no es tampoco la medida de la pena, sin que fuera necesario castigar tanto más rigorosamente cuanto el delito fuese más probable, porque es más comun, aunque fuese poco grave en sí mismo. Y la sociedad no puede castigar así en número, abstraccion hecha de la gravedad, porque sería razon del entonces castigar á un individuo no solamente por su propio delito, sino tambien por los delitos de sus conciudadanos. Que se eleve la pena, si es susceptible de ser elevada, es decir, si no es ya proporcionada á la gravedad del delito, pero que no se vea una gravedad superior en una especie de enfermedad endémica que hace el delito contagioso. Si este es un mal, debe ser curado por otro medio más en relacion con su verdadera causa.

Hé aquí las grandes injusticias, aparentes al ménos, de la agravacion, fundada en la reincidencia. Un célebre criminalista, Carnot, había hecho notar ya que no es justo acordarse de que se ha cometido un primer delito y olvidar que se ha castigado; que, por otra parte, un primer delito no es una circunstancia del segundo, y que imponer á éste una

pena más grave á causa de aquél, es violar la máxima *non bis in idem* (1).

Todas estas consideraciones no nos parecen sujetas sino á una sola dificultad séria; la de saber cómo se las conciliaría por una parte con las circunstancias atenuantes ó agravantes tomadas del carácter moral del agente, y de otra con la pena que alcanza á la tentativa, áun en el delito frustrado.

Esta objecion no es, sin embargo, indestructible. Puede decirse respecto á la primera dificultad:

1.° Que es perfectamente licito sacar de la moralidad presumida del sugeto motivós de atenuar su pena, puesto que la pena propiamente dicha, y sobre todo un cierto grado de la pena, no es de obligacion para la sociedad que la impone.

2.° Que las circunstancias de este órden que parecen agravantes, deberían eliminarse siempre y no determinarse el grado de la pena sino segun el dolor ó el perjuicio ocasionado, y la dificultad ó la impotencia en que se hallaba de escapar de ella aquel que la ha sufrido. Esta manera de considerar el delito en todas sus circunstancias y sus efectos relativamente al que los sufre, conduciría tambien seguramente al *máximum* de la pena, tanto como las consideraciones morales de otro género. Todo esto se conciliaría, pues, y no nos hallaríamos expuestos á ejercer venganzas para hacer justicia.

Los mismos principios nos conducirían á no castigar en el delito intentado, frustrado, etc., sino el mal cometido realmente, y jamás la intencion, la preparacion ni la ejecucion inofensiva en sí. Pero se podría considerar como un mal punible el terror ocasionado, la perturbacion y la inquietud producidas en el espíritu de aquel contra quien se hace la tentativa, la alarma producida por fuera, y en una palabra, todo el mal que ha sido realmente hecho. De esta manera, la tentativa suspendida ó impedida por un poder extraño (delito intentado ó frustrado) sería castigada en su justa medida, y no nos entraríamos en sutiles y peligrosas distinciones.

De cualquier manera que sea, hay otras cuestiones muy importantes que decidir en la reincidencia:

---

(1) *Comentarios del Código penal*, t. I, p. 162.

1.° ¿No se deberá tener en cuenta el tiempo, ó no se considerará reincidencia, sino en el caso en que haya recaida en un intérvalo de tiempo determinado?

2.° ¿Sería indiferente haber sufrido por completo su pena, ó no haberla sufrido sino en parte, ó haberla prescrito ya?

3.° ¿Bastará quizá con haberla merecido, y conque haya prescrito la accion pública? ¿Cuál será, en fin, el exceso de la pena que corresponda á este exceso de culpabilidad?

Compréndese toda la importancia de estas cuestiones. Si por ejemplo, se fija una duracion de seis meses, de un año, etc., pasado cuyo tiempo, un indivíduo no se halla expuesto á ser condenado más severamente por causa de reincidencia, se seguirá de aquí que aquel que sea más hábil, bastante dueño de sí mismo para esperar que expire este intérvalo de tiempo, podrá reincidir impunemente cuanto quiera, por lo ménos en cuanto á la circunstancia gravante, mientras que otro más débil, más excusable, habiendo reincidido quizá ménos veces, será, sin embargo, más duramente castigado, aunque sea ménos culpable. Nuevo motivo para que en este sistema no se tenga en cuenta el estado moral del indivíduo.

Se ha variado mucho sobre esta cuestion de tiempo. La causa está quizá en haberla querido resolver. Habría sido necesario al ménos llamar la atencion del juez sobre la cuestion de saber si el indivíduo que no ha reincidido en el plazo fijado, ha podido ó no ha podido hacerlo. Es verdad que no se puede concluir de esta feliz impotencia que haya habido reincidencia en el caso contrario, pero es quizá una razon tambien para ser ménos severos con los que han sucumbido más pronto á una tentacion de todos los dias y de todos los instantes.

Por otra parte, el no decidir nada respecto al tiempo es exponerse á hacer perder el fruto de todos los esfuerzos que ha podido desplegar un culpable para no recaer con más frecuencia. Es cierto que esto no es más que un mérito moral negativo, no siempre es evidente, y que la sociedad no se halla obligada á recompensar. Es preferible, en definitiva, que el legislador guarde silencio en este punto, y que abandone este lado de la cuestion á la conciencia del juez.

Cualquiera que sea el tiempo que separe un primer delito de un segundo de la misma naturaleza, la presuncion

del cambio moral se halla desmentida por los hechos, y desde el momento en que se desliza por la pendiente de este género de agravacion, es necesario tener el valor de mantenerse en ella, y de castigar una reincidencia como tal, por tarde que se cometa. Poderosas razones morales habría en apoyo de esta tésis, pero serían razones morales solamente.

Si es indiferente, para ser castigado como reincidente, haber sufrido la pena toda ó en parte, ó no haberla sufrido, (lo que opinamos nosotros en el sistema), ¿cómo se puede argüir en favor de este sistema, manteniendo la agravacion de la segunda pena, so pretexto de la insuficiencia de la primera? ¿Cómo se puede saber que ha sido insuficiente, puesto que no ha sido sufrida, ó sólo lo ha sido en parte? Esta es una nueva injusticia.

Nadie es reputado culpable si no ha sido condenado, y así, aquel cuya acusacion ha prescrito, no puede ser considerado como reincidente cuando comete un nuevo delito.

El aumento de la pena señalada á la circunstancia de la reincidencia, debe ser, á juicio de los más sabios jurisconsultos y de los legisladores más inteligentes, el *máximum* de la pena afecta al delito.

La circunstancia de la agravacion, dicen, no cambia la naturaleza del delito, y no se puede, por lo tanto, imponerle una pena reservada á un delito superior. Respecto á nosotros, preferiríamos este mal menor á uno mayor; tampoco nos hallamos ménos dispuestos á ver la circunstancia de la reincidencia paralizada por una rehabilitacion, que sería una *restitutio in integrum*, un reconocimiento del error de la justicia. La gracia hace presumir que es merecida, y parecería deber procurar las mismas ventajas. En cuanto á la amnistía, es un olvido ántes del juicio, como la gracia es un perdon despues de él: razon tambien para decidir de igual manera, tanto más, cuanto que no ha habido condenacion. Aquí sólo hacemos derecho teórico puro, sin interpretar el Código penal francés, no obstante que no debe olvidarse.

Hemos reproducido sinceramente todo lo que se ha dicho en favor de la agravacion, y creemos haberlo apreciado en su justo valor. Difícilmente se nos refutará; pero nos hallamos persuadidos tambien de que habremos convencido á pocas gentes, y que habrá algunos que todavía mantengan

el criterio de la conveniencia de la agravacion de la pena. Esto es más que un prejuicio; es una especie de instinto que se explica perfectamente por el resentimiento de la venganza, y por la persuasion en que se está de que castigando con más rigor se corregirá con más seguridad. Pero si la venganza es un mal sentimiento, y si la correccion no es un bien que se trate de obtener á todo precio, es claro que no se justificará la agravacion de la pena por esta doble razon: es necesario buscar otras.

Pasemos, pues, á una cuestion más elevada, que es el fundamento del derecho criminal. ¿La sociedad tiene el derecho de castigar, ó sólo tiene el de defenderse? Como trataremos esta cuestion en lugar más conveniente, nos bastará anticipar aquí la solucion y discurrir en consecuencia.

Si la sociedad sólo tuviese el derecho de castigar propiamente dicho, es decir, el de inferir un mal por otro sin ningun interés, ó áun proponiéndose por fin la enmienda moral del delincuente, no podría sin injusticia causarle un mal mayor que aquel que ha sido ocasionado por el culpable, ó más bien el que ha querido causar. No podría tampoco causarle ninguno desde el momento en que le creyera arrepentido, si el cambio moral era el fin perseguido por la pena. En el sistema del derecho de castigar, la agravacion penal de la reincidencia es, pues, absolutamente inexplicable.

Queda el derecho de defensa. Dícese con razon que éste es indefinido. En efecto, no tiene su medida en sí mismo, sino en el grado de energía que se ha hecho necesario para el ataque y para rechazarle. Cualesquiera que sean la naturaleza y la importancia del objeto del derecho atacado, por lomismo que es un derecho, y que todo derecho es sagrado, el que lo posee se halla por esto investido del derecho de defenderle por todos los medios que sean necesarios: el agresor es quien se ha creado esta posicion más ó ménos sensible y sólo á él le es imputable. Y para llevar luégo las cosas al extremo, si debe sucumbir en la proteccion del más mínimo derecho que ataque, es decir, si este derecho no puede ser eficazmente protegido sino bajo aquella deplorable condicion, el que lo defienda por semejante medio, no es ménos inocente, en derecho estricto, por reprensible que pueda ser en moral, que el propietario que hubiera rodeado su jardin de una verja formada con hierros

puntiagudos, si un ratero que hubiera querido saltarla se hubiere clavado en ella.

La defensa es no solamente un derecho, sino tambien inseparable del derecho de ser en principio suficiente ó eficaz.

El legislador que se halla en presencia de una reincidencia posible despues de un primer castigo sufrido, puede pensar razonablemente que los medios de defensa establecidos para el primer delito, y fundados únicamente sobre el principio de la equidad penal ó de la reciprocidad no son suficientes para garantir la sociedad. No tiene para qué ocuparse del grado de libertad y de moralidad del reincidente. No es ni puede ser juez: sólo tiene una mision; la de proteger el derecho de los ciudadanos con medidas que se han hecho necesarias; y esta proteccion comprende áun los derechos del culpable que no deben ser castigados sino en una justa medida, la cual es justa en primer têrmino, cuando no traspasa los límites del mal ocasionado por el delito, y lo es tambien, cuando excediendo al mal ocasionado por la reincidencia, no es, sin embargo, considerada por una razon sana y tranquila, sino como meramente suficiente para contener á un enemigo más ó ménos declarado de la justicia.

Sólo bajo este punto de vista puede decirse que si el legislador cree que es necesaria para proteger suficientemente á la sociedad una pena mayor que el perjuicio, tiene el derecho de castigar con ella los primeros delitos; presuncion que no puede establecer equitativamente. En efecto, jamás hay motivos para pensar que una sociedad se compone generalmente de hombres que quieren su mal, que lo prefieren á su bien, y que colocados entre dos males eligen voluntariamente el peor; y por lo tanto, no hay razon suficiente para traspasar los límites de la justicia en las disposiciones penales destinadas á reprimir los primeros delitos.

En vano se argüiría con el pretendido hecho de que estas disposiciones son consideradas insuficientes, puesto que no impiden en realidad los males que tienden á corregir. Esto no sería más que un sofisma. No se tendrían para nada en cuenta las debilidades y las pasiones humanas, la esperanza de la impunidad, etc.; todas esas cosas que sin ser crímenes en sí mismas, pueden, sin embargo, condu-

cir á ellos. No se atiende á que la severidad de las penas sería tambien insuficiente para prevenir todos los delitos, y que ademas desmoralizaría á los pueblos por su arbitrariedad, al mismo tiempo que tendería por su crueldad á hacerlos feroces.

Es necesario, pues, establecer en principio que habrá siempre delitos por severas que puedan ser las leyes, é indudablemente más delitos aún, cuanto más severas sean. Es necesario inspirarse en un estado de cosas que se funda en la naturaleza humana, y limitarse á los medios represivos dictados ó permitidos por la justicia. La insuficiencia de estos medios es una de esas desgracias necesarias, producto inevitable de la condicion humana, y sería más perjudicial que útil el querer extirparla radicalmente.

Pero esto no es una razon. Habrá siempre reincidencias, cualquiera que sea la gravedad de la pena destinada á reprimirlas, por lo cual es inútil esta agravacion. Sin duda habrá siempre reincidencias; pero si se puede racionalmente esperar que haya ménos aumentando la pena, sin hacerlo con cólera, sin medida, ó bajo el imperio de un terror inusitado, es cierto que se puede por este medio proveer á una más segura proteccion.

El error posible no está en la agravacion misma de la pena, sino en su exceso.

¿Cuál debe ser, sin embargo, la regla de la agravacion para que no exceda de los límites de la justicia? Nada preciso se puede decir sobre este punto. Una vez apartados del principio de la reciprocidad para referirse al de la necesidad de una defensa eficaz, se cae inevitablemente en una cierta arbitrariedad, la cual puede ser injusta si excede de los medios de rigor necesarios para proteger racionalmente á la sociedad. Parece, sin embargo, que á ménos que concurran circunstancias que cambien la especie del delito, es justo: 1.º no cambiar la especie de la pena; 2.º elevarla simplemente á un grado más alto, en el caso en que siendo divisible, no haya sido impuesta al principio en el *máximum;* 3.º si ha sido impuesta en el *máximum*, agravarla por circunstancias accesorias en la manera de hacerla sufrir, por ejemplo, en un régimen más duro, etc. Cualquiera que sea la clase de la pena, pueden adoptarse mil medios con este objeto en los reglamentos de las Casas de correccion.

Resumiendo los puntos capitales de este capítulo, dire-

mos, que si la mayor parte de los legisladores han castigado más severamente la reincidencia que la primera falta, es porque han cedido ó á un sentimiento de irritacion ó de venganza, ó al temor de un mayor peligro para la sociedad en presencia del hábito del mal, ó á la presuncion de la insuficiencia de la pena para un culpable á quien no detendría, áun cuando la hubiera sufrido ya, ó á la suposicion de una mayor perversidad por parte de aquel á quien un castigo sufrido no ha podido contener. Todas estas consideraciones son insuficientes para motivar la aplicacion de una pena superior ó de otra clase, y difícilmente bastan, ni áun en los casos más graves, para motivar el *máximum* de la pena señalada al delito no repetido.

La agravacion de la pena en caso de reincidencia nos parece motivada de hecho en la presuncion de un mayor grado de perversidad, es decir, en una consideracion moral que para nada debiera tener en cuenta el legislador, tanto más, cuanto que esta presuncion podía no ser más que una falsa apariencia, ya que el hábito del mal, y del mismo mal sobre todo tiende á una especie de manía, ya porque la pasion que es su móvil, contraría tanto más profundamente la libertad, cuanto más fuerte y más habitual es (1). De suerte que el culpable léjos de serlo moralmente cada vez más con el tiempo, lo llegará á ser cada vez ménos á medida que pierda más y más su libertad por el hábito del mismo crímen. Si esto no fuera una razon para considerar el hábito de la reincidencia como una monomanía, á ménos que ésta no se hallase claramente establecida, no sería tampoco una razon para tratarla más severamente que el simple y único delito de su especie: lo que nos ha hecho concebir una séria prevencion contra la agravacion de la pena por causa de reincidencia.

Sin embargo, la opinion y la práctica contrarias, casi generales, no dejan de ser importantes, y deben tomarse en séria consideracion, siendo inexplicables, y áun imperdonables, si se le da por base al derecho criminal el simple

---

(1) Los teólogos moralistas han reconocido tambien que las pasiones son á veces tan violentas que el libre albedrío se encuentra en ellas singularmente debilitado, ademas de que la inteligencia puede ser oscurecida ú ofuscada.—V., por ejemplo, el cardenal *Gousset*, *Theología moral*, t. I, c. 2, p. 7, ed. 1853.

derecho de castigar: para encontrar una razon suficiente y legítima, es necesario partir del derecho de defensa más, extenso en sus medios que el derecho de castigar; pero este derecho, si no se halla regulado, atemperado por el derecho de reciprocidad, llega á ser de muy peligrosa aplicacion; la arbitrariedad es inminente, y si la dulzura de las costumbres no viniese á ponerle un freno, la humanidad y la justicia misma podrían sufrir sus consecuencias. Pero es más seguro todavía tener aquí por regla principios claros y ciertos que sentimientos oscuros y dudosós. Se podrán, por lo tanto, indicar algunas consideraciones encaminadas á regular la agravacion de la pena en materia de reincidencia, y esto es lo que hemos hecho.

CAPITULO IX.

DE LA ALARMA, DE LA AMENAZA, DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Ó PRIVADA Y DEL DERECHO DE ATENDER Á ELLA.

SUMARIO.

1. Si la pena preventiva es inadmisible, las medidas de policía, restrictivas de la libertad son muy legítimas.—2. La distincion es necesaria puesto que se funda en principios racionales.—3. El abuso que se puede hacer de ella no aminora su importancia. —4. Hay, por otra parte, medios de prevenirla.—5. Hay sospechas de tal manera fundadas, que autorizan la medida preventiva.—6. La eleccion de estas medidas está muy limitada.—7. No se hallan ménos en el interés de aquellos á quienes alcanzan que en el del público ó de particulares determinados.—8. Restriccion de la libertad y del trabajo; deportacion en caso necesario.

Hemos visto en el capítulo precedente que la sociedad no tiene el derecho de castigar los delitos posibles ni áun probables, ó en otros términos, que las penas preventivas son una iniquidad real. La teoría penal de la sospecha y de la represion preventiva, es pues, inadmisible.

Pero lo que puede admitirse, lo que es muy justo, lo que se halla perfectamente en las atribuciones de los poderes públicos que están llamados á prevenir el mal asegurando el órden, á ejercer una policía verdaderamente preventiva, es, no el castigar un mal probable, sino impedirlo por los medios que se estimen suficientes.

Esto no es una pura distincion de palabra, y áun cuando ciertos medios preventivos serían más duros que las penas de la misma naturaleza, no por esto dejarían de ser simples medidas de órden y no penas, ni serían ménos legítimas, si se considerasen racionalmente necesarias.

No se nos oculta lo que en apariencia hay de peligroso en armar así al poder contra la libertad individual; pero suponed que el poder ejecutivo es lo que debe ser y nada más; que se halla bajo la inspeccion de un poder superior que está llamado á pedirle cuentas de sus actos; en una palabra, que es jurídicamente responsable, y que esta responsabilidad es efectiva. Ningun peligro verdadero habrá en-

tónces en dejarle ámpliamente el cuidado, la mision de velar por la seguridad pública. Si, por el contrario, no se ejerce una inspeccion sobre el poder ejecutivo; si no tiene límites; si su responsabilidad es puramente nominal ó moral; si sólo tiene que dar cuenta á las revoluciones que podrían pedírsela algun dia, precisamente porque no hubiera otro medio posible; si ademas este poder se burla de hecho de la libertad y de las leyes que podrían asegurarle; si el derecho que le confiamos y el deber mismo que le imponemos no es más que un pretexto de que tenga necesidad para hollar impunemente la libertad individual, entonces caería en el abusó sin pasar por la cosa misma. No es negando al poder ejecutivo una parte de sus atribuciones naturales como se le hará inofensivo, sino más bien no despojándole de aquellas otras que están destinadas á contenerle en su esfera legítima de accion.

Basta para la garantía de la justicia en el ejercicio de tal derecho, que sólo pueda tener lugar por vía de juicio, y que así los tribunales ordinarios sean los jueces del peligro y de los medios necesarios y suficientemente eficaces para conjurarle.

Esto sentado, no podemos vacilar en reconocer que hay casos en que el mal es tan presumible, en que el peligro del delito es tan inminente, que el órden público, el derecho privado, exigen que se tomen precauciones eficaces para salvarlos.

De hecho; el que no tiene ni fortuna, ni posicion, sólo puede vivir del robo: su existencia es un peligro permanente para el público; un motivo de temor para muchos. La vagancia es, en realidad, algo más que la carencia de domicilio ó de una residencia fija; es un género de vida que pone en la tentacion constante y en una especie de necesidad de hacer el mal, y quien se encuentra en tal situacion, sólo puede hablar de su libertad de vivir de ese modo, justificando que puede bastarse en toda ocasion y tiempo. Si le es imposible presentar esta prueba, si no puede vivir sino á cargo de otro, la sociedad tiene el derecho de impedir esta carga, y el gobierno el deber de librar de ella á quien la soporta.

Si los otros Estados no fueran tambien personas morales hácia las cuales estamos obligados á guardar estricto respeto, la libertad del vagabundo se reduciría naturalmente

á echarle fuera de las fronteras; pero es evidente que esta medida se halla condenada por el derecho internacional. Es necesario, pues, que cada pueblo conserve sus vagabundos, sus licenciados de presidio, sus criminales y sus reincidentes. Sólo resta decir, ó que es necesario esperar que se reconozca haber cometido el mal que se teme, para corregirle, lo que es entender mal la libertad individual y el derecho de policía, ó que el Estado tiene el derecho de prevenir un peligro tan probable. El derecho de defensa no sólo lleva consigo el de castigar, sino tambien el de preveer y el de prevenir.

El vagabundo, el licenciado de presidio sin fortuna y sin profesion, ó el que pudiendo trabajar no lo hace, no sabe, ó no quiere hacerlo, cae inevitablemente y por este hecho á cargo del Estado. Pero el Estado no puede hallarse obligado á alimentarle gratuitamente, como tampoco se halla obligado, en estricto derecho, á alimentar al inválido, al niño y al anciano. Si se obliga á ello, es por pura generosidad, y léjos nos hallamos de vituperar este acto humano; pero en cuanto al indivíduo útil y sin recursos, no hay duda que el Estado sólo le debe trabajo, pero esta deuda no es tampoco de derecho estricto. El Estado comete, pues, un acto de liberalidad, ingeniándose sobre los medios de hacer vivir al indivíduo útil, proporcionándole trabajo.

La libertad individual existe á costa del trabajo libre; si el trabajo es garantido, la libertad del obrero que lo recibe así, pertenece al que lo da. En otros términos: no hay libertad posible para el que no sabe bastarse á sí mismo y en tanto que no lo hace. Si pudiendo no quiere, es mucho más culpable. No tiene más derecho que al trabajo forzoso, y en la medida precisa de su trabajo.

Si invoca el *nemo cogetur ad factum*, la fuerza pública tiene el derecho de responderle con la máxima de San Pablo: «El que no trabaja no tiene derecho á comer»; y no le es debido ningun medio de subsistencia, ni abrigo, nada en fin. Pero la sociedad tiene tambien el derecho de que la fuerza pública mantenga encadenado á un sér tan perverso, y que sólo puede ser un malhechor. Si el Estado no puede subvenir sin grandes sacrificios á los gastos que llevaría consigo tal vigilancia, puede llegar entonces su derecho de defensa hasta condenar á muerte á los enemigos irreconciliables del bien público.

Para apreciar mejor el derecho del Estado respecto á estos ciudadanos peligrosos, basta preguntar cuáles son, respecto al Estado y los particulares, los deberes de cada uno. Estos deberes son recíprocos, y la sociedad sería imposible en la hipótesis de que nadie quisiera trabajar; en la hipótesis, por el contrario, de que todo el mundo contara con el trabajo de otro, es claro que serían enemigos sistemáticos de la sociedad los que no quisieran trabajar, en la medida al ménos necesaria para subvenir á sus necesidades más apremiantes. Como tales deben ser tratados, y es hacerles un primer favor el ofrecerles trabajo, y hacerles un segundo favor el obligarles á trabajar y considerarlos como esclavos de la pena antes que como enemigos de la sociedad, puesto que se hacen indignos de ser miembros de ella desde el momento en que la ponen en peligro con su obstinacion. No pudiendo ser expatriado el vagabundo por respecto á las naciones vecinas, merece ser exterminado físicamente de otra manera. Conservándole la vida al precio de su libertad física miéntras no sabe ó no quiere usar de ella justamente, la sociedad sólo hace uso de una parte de su derecho.

El Estado no cometería el más ligero abuso de poder, dando trabajo á los ciudadanos desocupados, dándoselo donde lo encontrara, en las condiciones ménos onerosas para el Tesoro y para los particulares; y si es más ventajoso para el Tesoro público y ménos peligroso para el obrero, bajo el punto de vista de la concurrencia, prestar su trabajo en las colonias que en la metrópoli, es claro que no habría la más ligera violacion de la justicia natural en deportar á todos los individuos útiles que no pueden ó no quieren bastarse á sí mismos, ó cuya presencia sería un peligro perpétuo para el resto de la sociedad.

Así, los vagabundos incorregibles, los licenciados de presidio, ó los reincidentes por tercera vez, por ejemplo, los licenciados sin ocupacion fija, los culpables de infraccion de un bando, podrían todos por medida preventiva ó de policía, ya que no á título de pena, ser sometidos á trabajos públicos ó á trabajos emprendidos por compañías ó particulares, ó, en fin, si no había trabajo suficiente que ejecutar en la metrópoli, deportados á las colonias, en donde podrían gozar al fin de mayor libertad si procuraban merecerla.

CAPITULO X.

DE LA COMPLICIDAD.

SUMARIO.

1. Definicion de la complicidad.—Sus especies.—2. Complicidad negativa, complicidad positiva.—3. Diferentes maneras de concebir la complicidad negativa, suministradas por la historia.—4. Complicidad positiva.—Sus especies.—5. Tres principales grados de complicidad.—6. De la complicidad moral.—Sus especies. —7. De la ocultacion.—8. De los diferentes grados de culpabilidad en los cómplices del mismo órden.—9. Las penas, las multas, por consiguiente, son personales. Solidaridad para la reparacion civil.—10. Opinion de los doctores sobre la complicidad. Confusion de la moral y el derecho.—Otra exageracion.—11. Confusion análoga en el derecho.—12. Tres grados principales del progreso de las leyes en esta materia, marcados por las leyes atenienses, mosaicas y romanas.—13. Las legislaciones modernas desde la Edad Media expresan un progreso más ó ménos marcado en el grado señalado ya por la ley romana. Ejemplos diversos.

La complicidad es, en general, la participacion en un delito, cualquiera que sea su grado.

Pero hay muchas maneras de participar en una mala accion, y todas no son igualmente reprensibles á los ojos de la justicia.

Se puede tomar parte en la concepcion del delito, en la manera ulterior de preparar su ejecucion, en la ejecucion misma y en la sustraccion del cuerpo del delito ó de los culpables.

Hay tambien una participacion negativa, que no puede ser castigada justamente sino en las personas que tienen autoridad para impedir el delito, ó cualidad para disuadir ó para denunciar la intencion ó la ejecucion. Esta especie de responsabilidad se reconoce principalmente en los pueblos despóticos en que el poder es más sombrío que fuerte, y llega hasta á hacer responsables de ciertos delitos á los que habian podido prevenirlos si hubiesen conocido el proyecto, aunque verdaderamente lo hayan ignorado. Así, por ejem-

plo, en China y en el Japon familias enteras y magistrados pueden ser condenados por no haber impedido los delitos de sus hijos ó de sus administrados, aunque, segun todas las probabilidades, no conocieran los designios culpables; de todo lo cual hemos visto ejemplos en el capítulo de la imputabilidad. Poco importan los lazos de sangre y las debilidades que son su consecuencia, debilidades tan escusables en ciertos casos que son casi deberes.

En otros pueblos, la responsabilidad no alcanza sino hasta la reparacion civil, y esta solidaridad tiende todavía á la suposicion de una especie de complicidad, al ménos negativa. En muchos pueblos eslavos, ántes del siglo XIV, las autoridades civiles y los ancianos de los pueblos estaban obligados á prevenir todo delíto de robo ó á repararle. El verdadero cómplice del ladron, su cómplice en el sentido positivo, debía pagar siete veces el valor de la cosa robada. El propietario de la casa en que se había refugiado el ladron era considerado como cómplice, á ménos que no entregase el ladron á la justicia (1).

Otro género de complicidad negativa más comun, es la que consiste en no denunciar al culpable. Pero hay aquí dos posiciones muy distintas; segun que se conoce el delito sin haber tomado parte en él, ó siendo cómplice. El silencio en el primer caso no es muy laudable seguramente, pero no merece la misma pena que la complicidad propiamente dicha. La revelacion en el segundo caso merece más elogio ántes de la perpetracion del delito que despues, y puede no ser en la segunda posicion sino una indignidad. Es quizá pagarla más caro que merece el prometer la impunidad á su autor, como lo hace la ley rusa. En este caso, las costumbres públicas ganan ménos que el órden material.

Para que haya complicidad positiva, es necesario, ó la participacion moral y material, ó la participacion moral sola; pero en ella no hay únicamente participacion material. La participacion moral se distingue en moral propiamente dicha y en intelectual, ó en otros términos:

Cuando no se toma parte sino en la idea ó en el proyecto preparándole, la participacion es intelectual.

Cuando se aconseja, se exhorta, ó se persuade; cuan-

---

(1) *Macieiowski*, Op. l., t. II, p. 162 y 164.

do se paga ó se promete pagar la comision del delito, cuando se ordena ó se manda, la participacion es moral.

Cuando se toma parte en su ejecucion, es física.

La participacion física no es siempre igualmente culpable; es necesario para que haya culpabilidad en el más alto grado de la especie, que el crímen no haya podido ser consumado sin esta intervencion: entónces la pena debe ser la misma para los cooperadores. Si por el contrario, el concurso dado no es esencial á la consumacion del delito, la pena debe ser menor, puesto que sin este concurso, el mal habría podido ser sin duda el mismo. Es claro que quien sólo participa físicamente en la preparacion del delito, no puede ser culpable, si esta preparacion no es punible en sí, ó si no lo es por el número de los actos preparatorios que es necesario castigar.

Se puede tambien participar en un delito impidiendo que los que lo cometen sean sorprendidos en sus operaciones ó previniéndoles, si se hallan expuestos á ser sorprendidos. Esta participacion, si no tiene un fin violento, por ejemplo, el de contener á ciertas personas que podrían acudir á impedirlo, si no consiste en otra cosa que en rondar la calle ó la entrada de la casa, no nos parece culpable, sino en segundo término. Hay más dificultad en decidir en el caso en que la participacion física es posterior al delito: entónces es necesario distinguir, segun que la sustraccion del cuerpo del delito ó la de los culpables debe ser ó no considerada para escapar á las investigaciones de la justicia, ó que esta sustraccion no pueda tener lugar sin la intervencion de los que la han realizado ó favorecido. Si estos auxiliares han conocido el proyecto de los malhechores, si les han prometido libremente su asistencia, son culpables en segundo término; pero si en un principio no han sabido nada, sólo son culpables en tercer término. Si habiendo conocido el proyecto han intervenido en él sin que sea necesario para los autores del delito, no son culpables tampoco sino en tercer término, á ménos que esta intervencion no sea habitual y haya animado de esta manera á los criminales, favoreciéndolos en sus empresas. A pesar de este hábito, en el encubrimiento de los hombres ó de las cosas, si se ha hecho por una especie de consideracion más bien que por complicidad hácia los parientes, principalmente hácia aquellos á los cuales se debe tener respeto por su autori-

dad, ó por las mujeres ó por los hijos, habrá lugar á rebajar la pena en un grado.

Distinguiremos, pues, autores *principales* ó coautores, autores *secundarios* y autores *accesorios*, habiendo así tres grados de complicidad y de penas posibles. Mientras más distinciones se hagan, más se ajustará uno á la justicia y más difícil será la connivencia de los culpables, á causa de la diferencia penal de los delitos, multiplicándose tambien más las dificultades para cometer el crímen.

La participacion moral por consejo, por exhortacion, no es culpable, si ha tenido lugar respecto á una persona sin ascendiente, sin autoridad, y si se ha dirigido á una inteligencia sana y cultivada; pero si se ha ejercido por una persona de consideracion, ó en nombre de una autoridad respetable; si el consejo, la exhortacion se dirige á una inteligencia limitada, á un corazon perverso, apasionado ó depravado, la responsabilidad jurídica puede ser completa, y al consejero alcanza una pena más fuerte aún que á aquel que ha tenido la desgracia de ser persuadido.

El que promete una recompensa al que cometa un delito, es en todo caso punible, al ménos en el segundo grado de la pena reservada al delito, con tal que el mandato sea aceptado y puesto en ejecucion.

Si el mandato es retirado ántes de haber comenzado la ejecucion, y el que lo ha recibido no deja de persistir en la idea de cometer un crímen, en el cual no pensaba primero, el mandato puede ser considerado como la ocasion del delito, y ser castigado con el grado tercero de la pena ó con grado inferior, con una pena de policía. Si el mandato es consumado, y el que lo ha mandado ha podido fácilmente preveer este exceso como una consecuencia probable ó muy posible del delito mandado, puede ser castigado justamente con el segundo ó con el tercer grado de la pena señalada á dicho delito. Digo segundo ó tercero, porque hay efectivamente aquí grados de culpabilidad diversos; pero á ménos que el delito mandado no suponga como medio un delito que no ha sido tal, que no ha servido aunque más grave, nos parece difícil imponer la pena en primer grado al mandatario.

Cuando un crímen es mandado, lo es, ó por un superior ó por un extraño: por un superior, toma la culpabilidad un carácter de culpabilidad tanto más grave, cuanto la autori-

dad sea más absoluta y el mandato más irresistible; por ejemplo, si va acompañado de violencia. El que manda así, puede ser castigado no solamente con la pena principal, sino que puede ser tambien él el único, siendo difícil que no le alcance la pena, por lo ménos en segundo grado; pero si no tiene autoridad, si no emplea ninguna violencia, sólo es á lo sumo el autor accesorio ú ocasional del delito, y como tal, suele incurrir en el tercer grado de la pena. Si por el contrario, recurre á la amenaza, á una amenaza propia para hacer ceder un carácter de cierta firmeza, merece una mayor pena, llega á ser moralmente el autor principal del delito, pues de otro modo sólo sería el autor accesorio.

Un género de complicidad ménos grave en general que el de la participacion, es el del encubrimiento.

Lo es tanto ménos: 1.° cuando el delito ha sido ignorado; 2.° cuando ha sido perpetrado por los parientes de los que dan auxilio á los culpables y pretenden sustraerlos á la justicia; 3.° cuando es más interesado; cuando tiene ménos conexion con un delito pasado ó con delitos posibles en el porvenir. Mas si léjos de tener estos caractéres, el encubrimiento entrase en un plan de bandidaje ó de robo organizado; si fuese un medio interesado de parte del que pretendiera sustraer á los criminales y las huellas del crímen á las investigaciones de la justicia, favorecer la circulacion de sus productos ó su consumo; si llegase á ser de este modo un estímulo para el crímen, si no hubiese en su favor sentimientos de piedad, de respeto ó de honestidad: en una palabra, si tuviera todos los caracteres de una connivencia culpable, nos parece merecer una pena próxima á la que alcanza el mismo delito. Pero todas estas circunstancias agravantes pueden no hallarse reunidas, y entónces habrá lugar á rebajar la pena para esta clase de cómplices. Puede haber complicidad real, y estimarse los cómplices en el mismo grado y ser considerados ó como principales ó como secundarios, como ocasionales ó como accesorios, sin que, no obstante, la culpabilidad sea exactamente idéntica para todos los casos de una misma categoría. Es necesario tener siempre presente que los hombres son causa de los delitos, y jamás abstracciones. Cómplices del mismo grado, pueden ser, sin embargo, más ó ménos culpables, y no es justo ni necesario imponerlos una misma pena; y por otra

parte, la pena de uno no importa á la del otro: la pena es personal. En la multa no debe haber solidaridad, siendo contrarias á los verdaderos principios las disposiciones del artículo 55 del Código penal.

Pero lo que no es personal es la reparacion del daño causado. Cada cual de los complicados lo ha querido todo entero, y deben ser condenados solidariamente á repararle, comenzando por la primera categoría, pudiendo los de la segunda y los de la tercera oponer el beneficio de discusion (1). Puede en este caso haber deudores principales solidariamente considerados entre sí, cualesquiera que sean las circunstancias agravantes ó atenuantes que los distingan, y deudores secundarios igualmente obligados solidariamente á falta de los primeros, y en fin, deudores de tercero y cuarto grado sometidos á las mismas condiciones: tales son á nuestro parecer los verdaderos principios en la materia. Hé aquí, sin embargo, lo que han pensado sobre el asunto los criminalistas filósofos, y lo que han decidido los legisladores.

Los unos y los otros han confundido frecuentemente el punto de vista moral y el jurídico, confusion que he aclarado tantas veces ya, y que ha conducido á los legisladores á deplorables excesos. Sólo respecto al fuero interno se puede decir con San Agustin, que Saulo, guardando los vestidos de San Estéban durante su suplicio, era tan delincuente como los que le apedreaban (2). Bajo el punto de vista jurídico, es necesario decir, por el contrario, con Barbeyrac, que San Estéban no hubiera dejado de ser apedreado aunque Saulo no hubiese consentido en desempeñar aquel papel secundario. No se puede poner, por lo tanto, á este último al nivel de los principales delincuentes.

Lo mismo podemos decir de la opinion de los que pretenden que hay culpabilidad en el robo por no revelar el ladron á aquellos á quienes ha sido sustraida la cosa (3).

¿Se puede decir, con más razon, que el que ha ideado una mala accion es peor que el que la comete? (4) ¿Que no im-

---

(1) V. Grot., II, 17, § 11; Puffend., III, 1, § 5.
(2) San Agustin, *Serm.*, V, *De Sanctis.*, c. 4: *Serm.*, I, 3; XIV.
(3) San Jerónimo, en la obra atribuida á este Padre: *coment. in parabolas*, XXIX, p. 53, t. VII. Edit. Frob., 1537.
(4) Chrisost., I, *ad Rom.*, t. 3, p. 28.

pedirla (1) cuando se puede, es asumir la responsabilidad de ella, es mandarla? (2) Bajo el punto de vista moral, estas decisiones pueden sostenerse hasta cierto límite, pero en derecho sería difícil de justificarlas.

Los legisladores han confundido tambien más de una vez estos dos órdenes de ideas prácticas. Una antigua ley da Atenas castigaba con la misma pena al que había aconsejado el delito que á quien lo había ejecutado (3).

Las legislaciones presentan respecto á la complicidad tres grados de progreso. Las unas, como la de Atenas, imponen la misma pena á los cómplices que á los delincuentes principales; las otras, como la de Moisés (4), rebajan la pena para todos los autores del mismo delito, lo que vale tanto como ponerlos en la misma línea, pero reconociendo, sin embargo, que la culpabilidad puede ser diferente y hacer que el culpable se aproveche del beneficio reservado al que lo es ménos. Las legislaciones de un tercer grado distinguen entre los autores principales y los cómplices, como tambien entre los cómplices mismos. En este punto, la moral relativa de las leyes penales consiste en la mayor ó menor prudencia de estas distinciones.

La ley romana y la mayor parte de las leyes modernas, principalmente aquellas que han sufrido la mayor influencia del derecho romano desde el Renacimiento, pertenecen á la tercera categoría.

Descúbrense en la Edad Media plausibles tentativas de este género, por ejemplo, en el siglo XII, en Inglaterra, bajo Enrique I. Este príncipe dispuso que quien en el homicidio hubiese dado el golpe mortal, pagase el *wergeld*, la composicion á los parientes, la multa del *hombre* al soberano y una multa (*wite*) al juez. Los cómplices pagaban el *hlolebote* (5) que se evaluaba segun el *wergeld*.

---

(1) Casiodoro, *in Psalm.*, LXXXI, vers. 4; San Agust. sobre este mismo versículo; Ciceron, *Epistol. ad Brut.*, IV.

(2) Salviano, *De gubernat. Dei*, VII, 19.

(3) Andocid., *Orat.* I, *De mysteriis*, p. 219, ed. Vech.

(4) En un delito cometido por muchos no se distingue aún en la legislacion mosáica los diferentes grados de participacion y de culpabilidad; pero todos eran castigados ménos severamente que lo hubiera sido un solo culpable que hubiera obrado con premeditacion.

(5) Término sajon que significa la multa que ha de satisfacer el que tormó en una partida de bandoleros, ilegalmente compuesta. Cf. Ducance, *Glossar.*, V. *hloth.*

Cuando sólo se había tomado una participacion indirecta en la perpetracion del asesinato, prestando, por ejemplo, un arma ó un caballo, se estaba expuesto á pagar todo ó parte del wergeld, como no se pudiese probar que no se había prestado la cosa con este fin: cuando se había prestado una espada, se pagaba la tercera parte del wergeld; si un cuchillo, la mitad, y si un caballo el todo.

Es necesario observar en este punto el criterio bárbaro de estas disposiciones: al acusado tocaba probar su inocencia, y la acusador no estaba obligado á probar la verdad de su aserto, porque afirma, no solamente que el caballo ó las armas se habían prestado, sino tambien que se había hecho con un fin culpable. Esta observacion se aplica asimismo á las disposiciones siguientes sacadas de la misma ley:

Era necesario tambien purgarse por un juramento de la sospecha de complicidad cuando la muerte se había cometido por otro con armas que se habían dado al armero para componer. Justificábase tambien por juramento cuando cualquiera, por accidente, se había matado, ó había sido muerto con armas depositadas en lugar seguro. El mismo principio regía cuando se había llevado su lanza ú otras armas, de manera que otro cualquiera hubiera podido arrojarse sobre ellas y matarse (1).

La ley romana distinguía los diversos momentos en que la complicidad tenía lugar: si era ántes, durante, ó despues de la ejecucion del delito. Distinguía tambien el género de asistencia, segun que tenía lugar por actos ó por palabras, ó por las dos cosas á la vez, *ope et consilio*. El simple consejo no constituía un acto de complicidad (2).

El mandatario y el que mandaba eran considerados igualmente culpables (3), no admitiéndose ningun género de garantía en esta materia. En asunto criminal no hay garantía (4). Los que ordenaban el crímen, si se hallaban investi-

---

(1) *Leges Henrici primi*, 88. *Si quis in arma alicujus*, etc. V. Philipps. *Inglisch Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannem*, t. II, p. 318, *note* 999.

(2) *Instit.* IV, t. I, § 11; Cf. L. 50, D., *De furtis*; L. I, § 3, *De servo corrupto*; L. *aut facta* 16, D., *De pœnis*.

(3) *Si quis* § 5. D., *Dejurisdic. oma. judic*; L. D. Cod. *ad leg. Ful. De vi publ.*

(4) L. I, § 2. D. *ad leg. Aq.*; Loysel, *Instit. cout.* L. VI, tit. I, max. 8.

dos de cierta autoridad, eran considerados como principales culpables y castigados más severamente que sus subordinados demasiado dóciles (1).

Una ley de los Lombardos castigaba con la misma pena al que alienta la accion culpable en vías de ejecucion y al que la comete (2).

Las Capitulares de Carlo-Magno imputan hasta cierto punto al que manda el delito los excesos á que puede entregarse el mandatario, áun contra la prohibicion expresa del que le manda (3).

La participacion en la ejecucion lleva consigo frecuentemente la misma pena para los cómplices, sin distinguir los tiempos (4); pero la simple presencia ó el encubrimiento por los parientes son considerados inocentes, excusados ó castigados con menor severidad: casi lo mismo decidía la antigua ley criminal de Francia (5).

Los jurisconsultos distinguían si el cómplice habia sido ó no la causa próxima del crímen; si había habido ó no complot en la ejecucion colectiva; si este complot era incierto ó dudoso; si la participacion en el delito había tenido lugar consciente y libremente. Era considerado como causante próximo del delito aquel que vigilaba su tranquila ejecucion; y el que mandaba y el mandatario, así como el intermediario que tenía perfecto conocimiento de la naturaleza de la comision, eran reputados como autores principales del delito. La ratificacion del delito cometido era asimilada al mandato bajo ciertas condiciones solamente.

Todas estas reglas generales tenían numerosas excepciones que templaban un tanto el rigor de la ley; pero este rigor se mantenía generalmente para los casos de crímen atroz, precisamente donde era más inexorable (6).

La ley china entra en distinciones prudentísimas que permiten hacer pesar sobre el cómplice las circunstancias

(1) L. 157, D. *De reg. jur.*; L. 37, D. *Ad leg. Aq.*; L. 17, § 7, *De injur.* L. 4. D. *De reg. jur.*; L. 8, cod. *ad. leg. Ful. De vi publ* etc.
(2) L. I, tit. 9. § 25.
(3) *Cap. is qui:* Extra, *De homicid.*, in 6.°.
(4) L. 50. D., *De furtis*; ib., L. 54; L. 11, D., *De injuriis*; L. 11, D., § 1, *ad leg. Aq.*; L. 1 y 2, D., *De receptat.* L. 45. D., *ad leg. Aq.*
(5) *Capii. sicut dignum.* Extra, *De homicid.* vol. vel cas; Ord. de Blois; Costumbres reformadas de Bretaña; Ord. de 1670. V. Muy. de Vougl., p. 7-11.
(6) Jousse. I, p. 22-35.

agravantes personales á uno ó á muchos de los delincuentes, y distingue con cuidado al culpable principal y al accesorio, siendo los cómplices comparados con los principales autores del delito á fin de conocer mejor el grado de penalidad en que han incurrido unos y otros (1).

Las leyes de los pueblos modernos se distinguen de las de los antiguos por un exámen más atento de los grados de culpabilidad y por una justicia más perfecta y más exacta (2). Sin embargo, la ley inglesa (3) y la antigua ley francesa sólo admiten cómplices principales en los crímenes de alta traicion, á causa, se dice, de la enormidad del crímen; como si el resultado material de una accion, su gravedad intrínseca, fuese la única medida de la culpabilidad. El encubridor era castigado en Francia con la misma pena que el ladron; en Inglaterra lo era ménos.

Blackstone demostró perfectamente la utilidad de la distincion entre el agente principal y el accesorio de un delito, áun cuando en principio la ley los imponga una pena idéntica, deplorando que esta distincion no tenga ó no haya tenido consecuencias penales más marcadas.

La ley polaca es siempre ménos severa con los cómplices que con los autores principales (4), y la sueca no es ménos indulgente (5). El Código austriaco ve un acto de complicidad en la omision de impedir intencionalmente un delito; por lo demás, el cómplice es tratado en ella con ménos rigor que el autor principal (6). El legislador de las Dos-Sicilias, despues de haber hecho una enumeracion de los casos de complicidad, estableció que la pena fuese la misma para los cómplices en general que para los autores principales, salvo las excepciones que señala; pero declara que las circunstancias agravantes ó atenuantes son personales (7). Más sábio en esto que la ley francesa á la que había copiado hasta allí, el Código holandés distinguía á los autores intelectuales y á los materiales del delito, comprendiendo

(1) *Cod. pen. de la China*, I, p. 35, 66, 69, 79.
(2) V. Blackstone, p. 28-32; J. Stephen, *Summary*, etc., t. I, p. 13-22 y sobre todo p. 20.
(3) *Ib.*, p. 31-32.
(4) *Revista extrajera y francesa de legislacion*; t. I, p. 307.
(5) *Ib.*, III, p. 199.
(6) *Código austriaco*. 1.ª parte, art. 190-200.
(7) Lib. I, *De las penas y de las reglas*, art. 74-77.

la primera clase á los que hemos llamado autores morales. El cómplice sólo es castigado con la mitad de la pena señalada para el autor principal, y los encubridores de otros cómplices, cuya intervencion sólo ha tenido lugar despues de consumado el crímen, son castigados como en el Código francés, art. 62; pero si el autor principal es sentenciado á muerte, los cómplices de la categoría de que hablamos son condenados al primer grado de reclusion. Las circunstancias que modifican la culpabilidad de los indivíduos son declaradas personales, y por consiguiente, no dañan ó no aprovechan sino á aquellos á quienes conciernen (1).

Levingston en el Código de Luisiana ha reconocido muchos grados de complicidad, desde la concepcion del delito hasta la sustraccion de los culpables ó de las huellas del crímen. Distingue los cómplices ántes del hecho y los qne lo son despues del hecho: los primeros, aunque ausentes del teatro del crímen, son castigados como los autores principales, y los segundos son considerados como accesorios y castigados con una pena ménos grave que los primeros (2).

La legislacion del Brasil contiene esta disposicion que recuerda nuestra antigua jurisprudencia (3), aunque eludida quizá en el Nuevo Mundo como lo había sido en el antiguo: «La satisfaccion completa de la ofensa será preferida siempre al pago de las multas á las cuales quedan hipotecados los bienes de los delincuentes, como se dice en el artículo 27 (4). Este artículo establece que la reparacion del daño causado por muchos delincuentes reunidos queda á cargo de todos, y que sus bienes responden de una manera especial y quedan gravados á este efecto con una hipoteca legal (5).

Resulta de todas estas disposiciones penales, que siempre ha habido tendencia á distinguir dos clases de agentes en los delitos: los autores principales y los accesorios, y á castigar más severamente á los primeros que á los segun-

---

(1) *Revista extranjera y francesa de legislacion*, t. IX, p. 961-963.
(2) *Revista extranjera y francesa*, t. II, p. 216-217.
(3) V. Jousse, I. 117-127.
(4) *Código del Brasil*, art. 30. *Ibid.*, art. 27.—V. M. Alb. Du Boys sobre la complicidad, *Historia del derecho criminal*, t. II, p. 283, 618.
(5) *Del espíritu de las constituciones civiles y de su influencia sobre la legislacion*, Berlin, 1835.

dos. Muchas legislaciones modernas han entrado francamente en esta vía. El Código francés es uno de los ménos avanzados en este punto, en el cual, como bajo otros muchos conceptos, su simplicidad no es siempre una cualidad que no deje desear otra superior. Con este motivo se recuerdan involuntariamente las juiciosas reflexiones de Ancillon sobre lo simplicidad de las leyes (1).

(1) Puede verse en las excelentes *lecciones de* Boitard sobre el *Código penal,* arts. 56 á 63, ps. 176-206, más de una crítica muy justa sobre esta parte de nuestras leyes criminales. Véase tambien la *Teoría del Código penal* por M. M. Chauveau y Helie así como el *Repertorio general y razonado de derecho criminal* por M. Achille Morin. Se pueden consultar sobre cada uno de estos puntos las diferentes fuentes á las cuales remitimos de una vez para siempre. Hallaránse igualmente reseñas curiosas sobre la mayor parte de las cuestiones, en el *Diccionario de la penalidad,* por Saint-Edme.

CAPITULO IX.

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

SUMARIO.

1. La cuestion se complica por la confusion del derecho y la moral.—2. La extension excesiva de la responsabilidad es debida á la impotencia, al temor y á la venganza.—3. En qué caso y en qué sentido la responsabilidad puede alcanzar á indivíduos ó á comunidades que no han tenido participacion en el crímen.—4. Ejemplo de una legislacion abusiva en este punto.—5. Responsabilidad doblemente abusiva en lo que alcanza al inocente sometido al culpable y sustrae á éste á la pena.—6. De la intimidacion ó de la violencia física como móvil de la mayor parte de estas legislaciones injustas.

Si se plantease la cuestion de responsabilidad penal en estos términos, ¿quién debe ser castigado? La respuesta sería tan sencilla, que la cuestion por sí parece por lo ménos supérflua. Y sin embargo, la historia de las legislaciones criminales la complica. Sin duda es el culpable quien debe ser castigado; pero, ¿no hay una especie de complicidad, moral al ménos, que extiende la responsabilidad á otros agentes que á aquel que ha perpetrado el delito? Los miembros de la familia, principalmente aquellos que se hallan encargados de la educacion, los miembros de una misma comunidad, los superiores, en particular, ¿no deben responder de las acciones de sus parientes, de sus co-asociados, de sus subordinados? El dueño, ¿no es responsable de los delitos de sus esclavos, y el marido de los de su mujer, principalmente cuando se la consideraba casi como una esclava? (1). Un rey, un soberano, ¿no debe pagar por sus súbditos, etc.?

No habiendo á quién dirigirse con frecuencia, pueblos enteros han castigado á otros por delitos que cometió al-

(1) En las islas Marianas, el marido responde de las faltas de su mujer, y en caso de delito, él es el único juzgado y castigado.—Freycinet, *Viaje alrededor del mundo*, t. 11, p. 479.

guno de sus miembros. En la misma nacion, los Magistrados son á veces castigados por los delitos que no han impedido, aunque no hayan podido hacerlo, sin duda para estimular su vigilancia. En el mismo municipio, todos los indivíduos responden solidariamente de su conducta respectiva, porque están encargados de vigilarse y de contenerse mútuamente. En una familia, de los delitos del hijo se hace cargo al padre, al tio, etc.

Esta extension de la responsabilidad puede tener un fundamento moral; pero es injusta en derecho criminal, si no puede fundarse sobre la complicidad. Acusa la necesidad de la venganza, el temor de un mal futuro, el poco escrúpulo en la aplicacion de la pena. Sin duda, si un pueblo ó una comunidad encierran un culpable, deben entregarle para que sea castigado por la comunidad ó por el pueblo que se queja justamente de la ofensa recibida. El pueblo, la comunidad que rehuye esta satisfaccion, incurre en una especie de complicidad y merece el castigo reservado á los que toman parte en los delitos.

Pero si el culpable no es conocido, ¿qué otra cosa puede exigirse que una reparacion civil? Y si es conocido, ¿porqué no ha de sufrir él solo la pena que solo tambien ha merecido?

Sin embargo, no siempre ni en todas partes han pasado las cosas de este modo. Sin hablar de la confiscacion de los bienes del condenado, de la demolicion de sus casas, verdaderas penas pecuniarias sufridas por los hijos ó los herederos, había, y hay, en ciertos pueblos, penas más señaladamente dirigidas contra inocentes.

En Esparta la pena se extendía á veces á la mujer, á los hijos y al amigo del culpable (1).

En el Japon, cuando se trata de crímenes que interesan á la tranquilidad del Estado ó á la majestad del soberano, todos los parientes del acusado se hallan envueltos en su ruina. Habiendo cometido algunas exacciones el gobernador de una pequeña provincia, le fué ordenado á él, á sus hijos, á sus hermanos, á sus tios y á sus primos que se abrieran el vientre. Estas personas se hallaban exparcidas y alejadas cincuenta leguas las unas de las otras, y todas

(1) Xenoph., *Rep. Laced.*

debieron perecer el mismo dia y á la misma hora (1). La misma solidaridad existe en China entre el culpable y los que han debido tener cuidado de su educacion, su familia y los Magistrados bajo cuya autoridad ha vivido. En el crímen de lesa-majestad, los parientes varones son castigados con la misma pena que el culpable; la muerte lenta y dolorosa, si son próximos parientes: si lo son en grado más lejano, quedan esclavos del emperador.

Otras veces, esta injusta responsabilidad admite como condicion ciertos actos libres; pero que no son actos de participacion, ó sólo suponen uno participacion negativa. Así, las leyes de Manú deciden que el autor de la muerte de un feto comunique su falta á la persona que come alimentos por él preparados (2); que una mujer adúltera comunique la suya á su marido cuando tolera los desórdenes, y un discípulo que descuide sus piadosos deberes, manifieste la suya á su director (3). Sobre la cuestion de la imputabilidad personal hallamos el pró y el contra en las Memorias concernientes á los Chinos. Pareceria, sin embargo, que existe una especie de responsabilidad entre parientes (4). Pero no hay nada más severo, ni tan severo tampoco, como como lo que se practicaba en Francia en otros tiempos con los parientes de los condenados por el crímen de lesa-majestad.

La confiscacion y la trasmision de la infamia eran tambien una manera muy comun de castigar á los inocentes; y los Atenienses hacían sufrir á los hijos una parte de la desgracia ó de la falta de sus padres, en los grandes crímenes contra la pátria (5).

A pesar de lo que se dice en el Exodo (6), no es dudoso que la pena era personal entre los Judíos. El mismo padre no respondía por sus hijos: «que no se le haga morir por sus hijos, dice el Denteronomio, ni á los hijos por su

(1) Des Essart. Ensayos sobre la historia de los Tribunales, etc., t. II, p. 20.
(2) *Leyes de Manū*, VIII, 317, Cf. IX, 238 y 239.—Cf. sobre este capítulo Romagnosi, Ob. cit., t. I, p. 184-214.
(3) *Leyes de Manú*, VIII, 317; t. I, p. 189, t. VII, p. 26 y 27.
(4) V. t. VII, p. 36 y 37; t. I, p. 189, t. VII, p. 26 y 27. Esta contradiccion no es la única que se encuentra en las memorias de los misioneros; los críticos la han hecho notar despues de mucho tiempo.
(5) *Arg· orat. in Aristog.* Ulpiens, *in Timocr.*
(6) XX, 5, etc.

padre, sino que cada uno perezca por su pecado, y que se evite, castigando el extremado rigor (1).»

La ley romana es formal en lo que respecta á la imputabilidad personal de las faltas (2), al ménos hasta los emperadores Arcadio y Honorio, los cuales volvieron á la justicia poco tiempo despues de haberse apartado de ella. Los tiempos de proscripcion y de guerras civiles sólo son épocas de desdichas para los pueblos, y no es en esas épocas cuando debemos juzgar la legislacion de un país. Lo mismo se puede decir de los períodos en que el despotismo ha sido caprichosamente tiránico (3).

La mayor parte de las leyes modernas, principalmente aquellas que han sido inspiradas por la legislacion romana tienden visiblemente á librar al inocente de toda complicidad; pero es necesario reconocer que han llegado difícilmente y muy tarde á ese grado de simple justicia. La necesidad bien ó mal comprendida de proveer á la seguridad pública y de prevenir los atentados considerados de extrema gravedad, ha hecho durante mucho tiempo al legislador más asequible á la utilidad de la intimacion que á la necesidad moral y absoluta de la justicia.

Waldemar II, rey de Dinamarca (1202-1241), trató de librar del pago de la multa á los miembros inocentes de la familia, pero prevaleció el antiguo uso sobre la voluntad real, y se mantuvo hasta el siglo XXI (4).

En España, las penas no son bastante personales para que la infamia legal alcance al crímen de lesa-majestad, que no se trasmite al hijo (5). Las penas aflictivas han podido trasmitirse de los hijos al padre y las penas pecuniarias descender de los padres á los hijos; pero no hay sentido en

---

(1) XXIV, 16; IV *Reg.* XIV. 6; II. Parali., XXV, 4: *Ezech.*, XII, 20. Véase sobre la manera de conciliar este pasage con el ántes citado del Exodo, las *Cartas de algunos judíos*, etc, por el abate Guénee. Cf. II. *Reg.* XII, 13-15; XVI, 1-16; XXIV, 16; Parali. XXI, 7; *Reg.*, XII, 4; XI, 31-37; *Daniel*, VI, 24; *Exod* XXIII, 23; XXXIII, 2; *Deut.* VII, 2.

(2) L. 20, D. *De pœnis*; L. 22, Cod. *de pœnis*; L. 1, § 1, D. *De delictis*. L. 5; Cod *ad legem Juliam;* Cf. 4, 22, Cod. *de pœnis*.

(3) Suetonio, *Vida de César*, § 1, y *Vida de Tiberio*, § 61.

(4) J. L. A. Kolderup-Rosenvinge's *Grundiss der dœniisch Rechtsgeschichte aus dem Dœnisch vebersetr von* Dr. C. Homeyer, Berlin, 1845, 8, § 114.

(5) *Instituciones del derecho civil de Castilla que escribieron los doctores* Asso y Manuel, *enmendados por el* Dr. D. Joaquin María Palacios, en-4.°. Madrid, 1806.

hacer recaer la infamia del padre sobre la cabeza del hijo, puesto que la autoridad desciende, no se eleva.

Lo que subleva más que todo, más que la misma esclavitud con todos los abusos que el génio maléfico del despotismo doméstico ó civil habia añadido á esta gran iniquidad, es que un señor tuviese el derecho de hacer responsable á su servidor de sus propios crímenes ante la justicia, sin que el infortunado pudiera defenderse. Este abominable privilegio, capaz por sí sólo de deshonrar una nacion, reina en Bohemia tal vez desde el siglo XVI: «El servidor no podía jamás acudir en queja contra su dueño, y éste cuando era acusado, aunque lo fuera justamente, podía hacer recaer el crímen sobre su servidor y entregarle á los tribunales. La declaracion por que el doméstico pretendía probar su inocencia no era admitida, y el señor tenía en este punto el derecho de ser creido bajo su palabra (1).»

En Alemania, los emperadores Cárlos IV y Cárlos V quisieron que la infamia del padre pasase en ciertos casos sobre toda su descendencia. En el caso de atentado contra la vida de un elector, dice M. Hantute (2), la Bula de Oro y la Carolina decían que se perdonara la vida de los niños del criminal á consecuencia y como un efecto de la clemencia singular del emperador; pero al mismo tiempo la ley prescribía privar á estos niños de todas las ventajas civiles y entregarlos á la ignominia, á fin, dice la Bula, de que siempre pobres y necesitados, vayan acompañados de la infamia de su padre, y la vida sea para ellos un suplicio y la muerte una esperanza.

Todas estas legislaciones sólo se han separado con tanta perseverancia de la más sencilla y manifiesta equidad por la pretendida necesidad de intimidar aún con daño de la justicia; ¡buen medio de enseñar el respeto de la justicia y de hacer saludable la intimidacion! El principio de la intimidacion ha sido aún en nuestros dias la base de una teo-

---

(1) Macieiowski, *Ob.* cit.; p. 277, véase el texto: «Man gab auch dadurch grossen Schutz für der Verübung von Verbrechen, dass der Diener niemals gegen seinen Herr Klagen dürfte, und dass Herr, venn er sich von der Schuld reinigen vallte, dann das Verbrechen, welches er selbst begangen hatte, auf den Diener überwelzte, und ihm der Gewalt der Gerichts überlieferte. Die Erklærung des Dieners, dass er unschuldig sei, wurde nicht gehœrt; denn der Herr hatte in dieser Rücksicht vollen Glauben,» p. 277.

(2) *Revista de derecho*, etc., 1849, p. 55.

ría de derecho penal expuesta con más sutileza que verdad por Feuerbach, bajo el título de *Coaccion psicológica*. Esta penalidad preventiva es muy consecuente, desde que se admite como base única del derecho de castigar la abstencion del mal por el temor de la pena. Sería necesario al ménos admitir dos ó tres grados de penas, segun que el mal fuera sólo presumible ó fuera cierto, sino fuese ya se ya demasiado castigar una simple presuncion sin verosimilitud, sin probabilidad, como se practica entre los naturales de Nueva-Galès del Sur. A la muerte de una persona, hombre ó mujer, anciano ó jòven, los amigos del difunto reciben un castigo, como si la muerte hubiera sido ocasionada por su negligencia (1). Estos salvajes no han leido, sin embargo, la teoría del famoso criminalista badenés. ¿Puede deducirse de aquí que esta teoría es por esto más natural?

---

(1) Dumont d'Urville, *Viaje del Astrolabio*, t. 1, p. 422.—Una costumbre análoga, análoga solamente, existía entre los Galos. Ces., *Bell. Gall.*, VI, 19.

CAPITULO VII.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

SUMARIO.

1. Distincion entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.—2. Carácter no penal de la responsabilidad civil.—3. Las costumbres y las leyes no se hallan siempre de acuerdo con los principios.—4. Costumbres de ciertos salvajes,—y de los pueblos bárbaros.—5. Legislacion de la Edad Media más positiva aun en este punto.—6. La responsabilidad civil de los municipios en ciertos casos es de necesidad y de policía.—7. Lo mismo sucede con las medidas análogas entre naciones.—8. Responsabilidad erigida entónces en solidaridad.

Todos los moralistas convienen en que las faltas son personales y en que sólo deben ser castigados aquellos que las cometen (1). Nadie, en rigor, es por lo tanto responsable de la falta de otro, si no ha participado de ella positiva, ó negativamente al ménos. Si aquel á quien la naturaleza ó la ley confían el cuidado de dirigir ó de vigilar las acciones de otro ha descuidado el cultivo de la inteligencia ó de la moralidad de aquél, es á veces responsable del mal que no ha impedido, y esta responsabilidad tiene un carácter puramente civil: no se refiere generalmente sino al daño causado, no á la pena que podía merecer por el acto perjudicial.

La reparacion civil no es, pues, una pena propiamente dicha, aunque pueda con frecuencia pasar de las multas. No se puede considerar como pena sino el exceso de lo que cuesta al delincuente para reparar el mal físico ocasionado por él ó por los que obran á sus órdenes, ó de los que responde en una medida determinada por la naturaleza de las cosas ó por las leyes (2).

---

(1) V. Grotius, 1, 21, § 12 y siguientes.; Puffendorf, VIII, 3, § 23.

(2) Bentham ve en la falta de vigilancia que el superior debe ejercer sobre el inferior, una razon suficiente para castigar al primero por los delitos del segundo; á ménos que no tome por una pena propiamente dicha la reparacion civil, *Teoría de las penas*, t. I, p. 414.

Los usos y las leyes no siempre han estado conformes con estos principios. En lugar de considerar sólo las personas reales, se ha visto con frecuencia personas colectivas, morales, cuyos miembros todos ó algunos solamente han sido declarados culpables de los delitos cometidos por otros ó por uno cualquiera de los miembros de la familia ó de la comunidad.

En Guinea, si un culpable no puede pagar la multa y tiene próximos parientes consanguíneos ó por afinidad sometidos á la misma soberanía, se hallan obligados á pagar por él si no prefieren expatriarse juntos y áun con sus amigos. Este destierro dura hasta que la multa se ha pagado; pero los que pagan por otro pueden recurrir contra él (1).

El sistema de garantía y de responsabilidad mútua, dice Le Hüerou (2), se hallaba de tal manera en las ideas y en las costumbres de los Germanos, que concluyó por traspasar los límites tan vastos de la familia para extenderse de pariente en pariente, ó, por decirlo así, de círculo en círculo, de la familia á la decena, de la decena á la centena, de ésta á las divisiones superiores hasta las del condado ó del ducado que las dominaba todas. Esta clase de divisiones, á la vez judiciales y administrativas, son muy antiguas entre los Germanos, puesto que las hallamos en Tácito (Germanos, XII), y muy universales, puesto que no hace en este punto ninguna distincion entre las tríbus; pero entre los Anglo-Sajones es donde mejor se conservan y donde se pueden hallar sus huellas con ménos dificultad. Hé aquí, relativamente á las leyes de Eduardo el Confesor sobre los *friborgs*, reseñas que nada dejan que desear en este punto: «Existe en este reino un medio supremo y el más eficaz de todos para asegurar la tranquilidad de cada uno de la manera más completa; es á saber, la obligacion en que se halla cada individuo de ponerse bajo la salvaguardia de una especie de caucion que los Ingleses llaman una libre garantía y que únicamente los habitantes del país de York llaman *ten men's tale*, lo que significa una division de diez hombres. Hé aquí el modo como esto se practicaba: to-

(1) Lintscot *Ind. Orient. descriptio*, VI, part., p. 63, ed. Francf., 1601.

(2) Le Hüerou, *Historia de las instituciones merovingias y carlovingias*, t. II, p. 23-25.

dos los habitantes de todas las aldeas del reino, sin excepcion, se hallaban clasificados de diez en diez, de tal manera, que si uno de los diez cometía un delito, los nueve restantes respondían por él en juicio. Si desaparecía, se les concedía un plazo legal de treinta y un dias para presentarle. Si en el intervalo se le encontraba, era presentado ante la justicia del rey, condenadole inmediatamente á reparar con sus bienesel daño que había causado. Si volvía á incurrir en su falta, se le castigaba personalmente pero si no se le hallaba en el plazoseñalado, como había en cada *friborg* un jefe que se llamaba *friborges heofod*, este jefe tomaba con él dos personas de las más respetables de su *friborg*; despues, en los tres *friborgs* más cercanos al jefe y á otros dos miembros de los más respetables, si podía, y luego se justificaba ante las doce en su nombre y en nombre de su *friborg*, declarando que no tenía parte en la falta ni en la huida del malhechor. Si no podía hacerlo, venía él mismo á la cabeza de su *friborg* á reparar el daño con los bienes del malhechor, los tenía, y cuando ya no quedaba nada, lo suplía con sus propios bienes y con los de su *friborg*, hasta que se hubiera dado completa satisfaccion á la ley y á la justicia. Si no podía cumplir las prescripciones de la ley respecto al número de los juramentados que había que tomar en los tres *friborgs* inmediatos, debían al ménos jurar ellos mismos que no eran culpables, y que si llegaban alguna vez á coger al malhechor, le entregarían á la justicia ó descubrirían el lugar de su ocultacion.»

Este principio, dice Hüerou, no dejó nunca de existir entre los Anglo-sajones, y los Franceses que lo habían dejado caer en desuso, se vieron en la necesidad de restablecerlo. El decreto de 595 del rey Clotario II, contiene sobre este particular curiosas reseñas: «Como es frecuente que los guardas nocturnos no logren apoderarse de los ladrones de noche, se ha decidido que se establezan *centenas*. Si algo se pierde en la *centena*, el que lo haya perdido recibirá su valor y el ladron será perseguido. Si es de otra *centena* y los habitantes que se hallan en el caso de entregarle se niegan á hacerlo, serán condenados á pagar cinco sueldos de multa, y el ciudadano robado no dejará por eso de recibir de la centena el precio de la cosa perdida (1).»

---

(1) Le Hüerou, *Hist. de las instit. merovingias y carlov.*, t. II, p. 23-25

En Blackstone hallamos el orígen inmediato de este uso: «La tierra señorial sobre la cual se haya cometido el asesinato, ó, si fuese pobre, todo el canton, era condenado á una gruesa multa llamada *murtrum*. Este uso, añade el jurisconsulto inglés, fué tomado de los Godos de Suecia y de los Daneses que suponían que todo el vecindario, á no ser que no entregase al asesino, se había hecho culpable del crímen, ó al ménos tenía connivencia con él. Esta costumbre se introdujo en Inglaterra por el rey Canuto para proteger á sus súbditos daneses contra los ingleses, y fué mantenida por Guillermo el Conquistador por análogos motivos. Si el muerto era inglés, se libraba el canton de la multa, cuya desigualdad fué suprimida por el estatuto 14 de Eduardo III (1327-1377) (1).»

En Rusia, hasta el siglo XIV, el comun sufría la pena pecuniaria por una muerte cometida en el territorio. En Bohemia cada casa pagaba en estos casos cien dineros. Esta suma era satisfecha ó por el comun solo ó por el comun y el culpable, si éste se hallaba en la localidad y su fortuna no le permitía pagar íntegramente la multa. Era necesario ademas que probase que la muerte no había sido premeditada y que había tenido lugar en una riña ó en estado de embriaguez. El comun era responsable de haberle dejado libre si no estaba en su cabal sentido y debía sufrir la misma pena (2).

En Polonia, en Bohemia, y en Rusia, la comunidad respondía de la cosa robada y debía reparar el delito si la persona robada seguía las huellas del culpable hasta la poblacion, excepto el caso en que las huellas condujeran á un lugar desierto ó á una venta. Entonces, el derecho ruso y el derecho moravo, libran al comun de esta solidaridad (3).

La antigua ley francesa sujetaba á la responsabilidad civil al padre, al tutor, al curador, al marido, al heredero, al señor (por causa del servidor), á los arrendatarios (por lo que respecta á sus domésticos), á los curas (respecto á sus

(1) Conviene ver: Hallam, *l' Europe au moyen àge* sobre estas instituciones de policía judicial, t. III, p. 27-34.

(2) Macieiowski, *Slaisvch. Rechtsgeschichte*, etc., Alex. Von Reutz, *Versuch uber die geschichtliche Ausbildunj der russischen Staats und Rechlsverfassung* etc., 8.°. Mittau, p. 194, hace dominar esta legislacion del siglo XI al XVI.

(3) Macieiowski, *ob. cit.*, t. II, p. 162. Epoca de la Edad Media.

feligreses), á los propietarios (con respecto á sus animales), á los posaderos, á los fondistas, etc. (1). Nuestras leyes posteriores han derogado poco estas antiguas disposiciones (2). La ley del 16 vendimiario, año IV, que hace á los comunes civilmente responsables de las faltas y de las depredaciones cometidas en su territorio (3), tenía tambien su analogía en la costumbre del Maine y en los estatutos de muchas ciudades italianas de la Edad Media, tales como las de Brescia, Tortona, Intra y Pallanza, las cuales son tan formales como curiosas (4).

Las diversas naciones, consideradas entre sí, no hallándose sometidas á un poder comun, tienen que combatirse las unos á las otras cuando se ha cometido un delito por ciudadanos de la una contra los miembros ó cuerpos de la otra, y el delincuente se ha refugiado entre sus compatriotas. No es extraño que los pueblos civilizados no se hallen en este punto más adelantados que los que no lo son. Entre los pueblos salvajes, si se ocasiona un perjuicio de uno á otro, la reparacion es exigida á la tríbu de la cual forma parte el culpable. Si aquélla se niega, si no quiere entregar al autor del delito, entónces la guerra es una especie de necesidad. No puede suceder otra cosa en los pueblos civilizados; sin embargo, hay la diferencia de que los salvajes comienzan frecuentemente por batirse, mientras que nosotros negociamos primero, sin perjuicio de batirnos despues.

---

(1) V. Jousse, t. I, p. 594-596:

(2) Código civil, art. 1382, 1386; Código penal, art. 73, 74 y las leyes especiales.

(3) Bullet., 188, núm. 1142.

(4) *Statuta criminal.*, C., CXVI, p. 140, 150; *Stat. civit. Torton.* VII, p. 125.—*Stat. burgi Intri*, etc., lib. IV, c. 32, p. 105, 106. Hé aquí algunos pasajes: «Despues de haber dicho que los habitantes del comun deben librar al autor ó autores del delito, el estatuto añade: «Alioquin commune et homines, nobiles, vicinis illius burgui vel loci teneantur et debeant damuum restituere, et resarcire damnum passo in duplum secundum examinationem et estimationem. Et sic erit dubium de cujus territorio esset ille locus, in quo damnum datum fuerit, intelligatur, quo ad contenta in præsenti statuto, esse de territorio illius terræ, loci, vel burgi cui proximior fuerit ille locus, in quo damnum datum fuerit..... Salvo quod commune et homines prædicti, quid ad ipsan restitutionem compulsi fuerint, regressum habeant liberum et efficacem et summarium usque ad quantitatem quam restituerint.... contra illos... qui illud damnum vel quastum fecerint. «Los estatutos de Intra y de Pallanza dispensan de la solidaridad á aquellos que son incapaces de detener á los malhechores; los ausentes, las mujeres, los enfermos, los ancianos de 70 años y los menores de 15.

Esta responsabilidad de todos ó de algunos por uno so o, áun cuando no sean ni coautores ni cómplices, tan sólo porque constituyen, por decirlo así, una sola persona á consecuencia de una ficcion más ó ménos natural, más ó ménos violenta, lleva consigo una especie de solidaridad que puede hallarse más ó ménos extendida, ser más ó ménos justa y áun injusta, principalmente cuando no se ha hecho todo lo posible porque el castigo recaiga únicamente sobre el culpable (1). Esta responsabilidad existe en nuestra legislacion contra los comunes á propósilo de ciertas devastaciones. (Código de Brum. año IV, art. 617.)

---

(1) Véase lo que hemos dicho ántes sobre algunos casos de solidaridad, y lo que dice Alberto Du Boys en casos análogos, Ob. cit., p. 273, 578,584 y 681.

CAPITULO XIII.

DE LA MANERA COMO SE REPARAN Y SE BORRAN LOS DELITOS Y EN PARTICULAR DE LA REPARACION CIVIL.

SUMARIO.

1. Lo que constituye la existencia legal del delito.—2. Cómo el delito desaparece ó física ó moralmente.—3. Cómo cesa de existir en derecho.—4. Influencia de las circunstancias en este punto.—5. Indicaciones sobre la reparacion civil.

El delito sólo existe legalmente á condicion de ser probado jurídicamente. Todo acto posterior al que pone fin al delito y que hace desaparecer sus consecuencias penales, lo borra, por decirlo así. En lo moral, el delito deja de existir materialmente desde el momento en que se ha reparado (1); no existe tampoco formalmente desde que hay arrepentimiento, sígase ó no reparacion; pero con la condicion de que si ésta no ha tenido lugar, sea por impotencia absoluta de parte del autor del mal.

En derecho, el delito desaparece por la desaparicion definitiva del delincuente, es decir, por su muerte (2), por la amnistía, por la prescripcion de la accion pública, por la

(1) Véase sobre la reparacion civil, Rosmini, *Filosofia del dritto,* t. I, c. 5, p. 758, *in finem*.

(2) Es tanto más odioso procesar á un cadáver cuanto que esto es contrario al principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oido, de que la venganza debe terminar cuando termina la vida, y deja de existir el motivo. Tal es el caso de Estéban VI que hizo exhumar á su predecesor el papa Formoso, mandó llevar el cadáver ante un sinodo reunido para condenarle á él y sus actos y hacerle degradar. Allí se revistió este cadáver ya en putrefaccion con los hábitos pontificales: Estéban le interrogó, le condenó y le excomulgó. Entónces le hizo despojar de las insignias de su dignidad, le mandó cortar los tres dedos con los cuales había dado la bendicion papal y le mandó cortar la cabeza. El cadáver así mutilado fué arrojado á las aguas del Tiber. *Revista de derecho*, 1849, p. 57. V. tambien Henault, *Historia de Francia,* edit Walkenaer, t. I, p. 111.

de la pena, ó por la intervencion de una ley que hace desaparecer ántes del juicio el delito perseguido. Sería justo extender este favor á los que, habiendo sido condenados segun una ley ya derogada, sufrieran su pena, puesto que la nueva ley reconoce que lo que era un delito segun una disposicion legal anterior, no lo es realmente, y que no hay interés para la sociedad en que no se cometa, en que la pena sirva de medio de correccion para los unos y de ejemplo para los otros. Muy diferente sería si al delito hubieran acompañado ciertas circunstancias, y si no dejara de serlo sino por el cambio de estas circunstancias.

Para que haya derecho á la reparacion civil ó á la satisfaccion, es necesario que haya habido lesion, es decir, perjuicio ocasionado voluntariamente y á pesar del que lo sufre. La lesion física exige una reparacion física; la lesion moral una reparacion moral. No habiendo lugar á compensar la una por la otra sino cuando no puedan tener lugar una á otra, como exige la naturaleza de las cosas, entonces es una satisfaccion por sustitucion.

El derecho de satisfaccion es la consecuencia del derecho de propiedad y del derecho accesorio de defender su propio derecho.

Para ejercerlo, es necesario que el daño sea probado, que se estime su extension, que el acto del cual resulte sea imputable y que el agente sea conocido (1).

---

(1) Puede verse sobre este objeto Gioja, *De i danni et delle pene*;— Rosmini, *Filosofía del dritto*, t. I.

CAPITULO XIV.

DE LA REHABILITACION.

SUMARIO.

1. Qué es la rehabilitacion, segun las leyes que la admiten.—2. Qué es en realidad.—3. Su utilidad.—4. Su admision ya entre los Romanos.—5. Práctica en China.—Detalles en esta materia. —6. Encuéntrase algo análogo entre los pueblos bárbaros.—7. Otra especie de rehabilitacion; verdadera reparacion *(restitutio in integrum)*;—no hay otro nombre más propio.—8. Demanda de revision.

La rehabilitacion releva al condenado que ha sufrido su pena de las incapacidades perpétuas en que había incurrido, ó de las temporales que, despues de la extincion de su pena, deben pesar aún sobre él, y le devuelve ademas el buen nombre. Tal es, al ménos, el parecer de los que la admiten.

Mas preciso es reconocer: 1.° que la rehabilitacion no hace más que poner término á la parte de la pena que le quedaba por sufrir, puesto que la incapacidad en que el reo incurre por el delito es pronunciada á título de pena; y 2.° que aquélla no puede devolver al condenado que ha sufrido su pena la reputacion de honradez que ha perdido. Respecto de este punto, la ley es impotente: no consigue, al ménos todo lo que se propone.

Sin embargo, como puede ésta inducir á hacer loables esfuerzos, como releva de la incapacidad legal al antiguo condenado y mejora realmente su condicion política, civil y de familia, es un verdadero bien (1).

La rehabilitacion era admitida ya entre los Romanos, bajo la denominacion de *restitutio in integrum*. Esta rehabilitacion era tambien más completa que lo es entre nos-

(1) L. I, Cod. *De sententiam passis et restitutis*.

otros (1), puesto que restablecía al rehabilitado hasta en sus títulos, sus dignidades y sus funciones. Los Atenienses tenían tambien una rehabilitacion, á la cual concurrían el pueblo y el Senado (2).

Una rehabilitacion, análoga en sus resultados á la *restitutio in integrum*, se practica entre los Chinos. Si un funcionario superior falta gravemente á sus deberes, el emperador le hace venir á la córte, donde le priva de dignidades, pero debiendo dedicarse en diferentes ocupaciones, so pretexto de *aprender sus deberes*. Si se conduce bien, el emperador le perdona y le concede nuevos favores. Si no se muestra obediente, es solemnemente declarado rebelde por el emperador rodeado de una gran asamblea. El emperador refiere los actos punibles del culpable, las tentativas infructuosas que se han hecho para obtener su enmienda, y pide que sea castigado. La asamblea decide unánimemente la muerte del rebelde, y el castigo de todos aquellos que le eran adictos si no abandonan prontamente su partido. Luego, despues de una breve súplica, se dirige á los ascendientes de todos los reyes, los príncipes, los grandes y los mandarines, para advertirles lo que se va á hacer, y dice: «No es sino á pesar nuestro como nos determinamos á derribar, á destruir y á verter sangre; la falta cometida por el reo, es la que nos pone en esta triste necesidad; estamos ciertos de sus crímenes y de su obstinacion; su rebelion es manifiesta; nosotros estamos obligados para con el cielo, y los espíritus, para con nosotros mismos y todo el imperio á destruir todo aquello que no merece ser conservado, y dar muerte á aquel que tan poco digno es de vivir.» El castigo de que aquí se habla, hace notar el misionero que lo refiere, es de tiempo inmemorial, y está aún hoy dia en uso con respecto á los mandarines á quienes el emperador no quiere perder enteramente, á los cuales depone de su empleo, dejándoles en algun tribunal, ó bajo la direccion de

---

(1) V. *Jousse*, II, p. 414-416; p. 375-414. *Cod. inst. crim.*, art. 619-634.—V. una excelente monografía sobre esta materia: *De la rehabilitacion de los condenados*, redactada por órden del guarda-sellos, para ser sometida á las deliberaciones de la comision encargada de preparar un proyecto de ley sobre esta materia, por M. *Faustin* Hélie. Octubre, 1839.—Esta había sido escrita ántes del estado actual de nuestra legislacion. V. *C. inst.*, art. 619-634.

(2) V. *Demosth*; *in Timocr*.

algun grande, que se sirve de ellos como mejor le place para el servicio de su majestad. Los mandarines así depuestos no dejan de ser luego rehabilitados, si aquellos á quienes han sido confiados dan de ellos un buen informe (1).

Algo parecido se observa en pueblos mucho ménos civilizados. Los Aquemeses miran como de rigorosa justicia que la pena reintegre en sus derechos sociales á aquel que la ha sufrido. La pena es una deuda contraida por él para con la sociedad, la cual nada tiene que echarle en cara, una vez pagada aquélla. El condenado que ha sufrido su pena, no es por cierto impecable, siendo sin duda frecuentes las reincidencias; el robo y el asesinato pueden indudablemente degenerar en una especie de hábito, y entonces hay en ellos parte de delito y parte de vicio: aquel que una vez se ha hecho culpable, está en general más expuesto á faltar gravemente, que el que de ello se ha librado; por lo cual nuestras prevenciones son fundadas, por más que á veces puedan ser injustas. En todo caso, están lógicamente en desacuerdo con el principio de la expiacion social. Es, pues, digno de atencion ver pueblos semi-bárbaros ser demasiado lógicos en provecho de la justicia, para librarse de toda injuria con motivo de una condena ó de un crímen expiado, sobre todo cuando lo ha sido cruelmente (2).

Hay otra especie de rehabilitacion, que es una verdadera reparacion y debe ser una completa restitucion *in integrum*, so pena de injusticia: tal es la que consiste en volver á conocer del mal juzgado definitivamente en materia criminal, y que tiene por objeto reparar errores de hecho que

---

(1) *Memorias referentes á los Chinos*, t. VII, p. 337-238.

(2) Las mutilaciones de todo género son por otra parte muy frecuentes entre los Aquemeses; el reo es admitido á composicion con el verdugo para ser muerto ó mutilado prontamente.—El castigo entre ellos expía la falta, y un hombre castigado ó mutilado tendría derecho á matar impunemente á todos aquellos que le echasen en cara su antiguo delito. La justicia es aceptada allí con una resignacion ejemplar. Un criminal detenido por una mujer ó por un niño no osa emprender la fuga y permanece inmóvil.—*Descripcion de la isla de Sumatra*, p. 100, por Beaulieu.

Mas apesar de esta proteccion concedida al mutilado, la legislacion que establece tales penas, no es ménos bárbara. Valdría más no imprimir una eterna y visible herida, y no ser tan severo para con aquellos que cometiesen la falta de recordar la causa de ella.

hubieren entrañado la confusion de los inocentes con los culpables.

Esta especie de rehabilitacion debería llevar otro nombre, puesto que la posicion de los que deben aprovecharse de ella es por completo diferente de la de aquellos que están llamados al beneficio de la primera. Es una verdadera reparacion que debe llegar hasta la indemnizacion (1); pues no se trata solamente de reconocer á aquel que ha sido condenado injustamente los derechos de que jamás debería haber sido privado, sino que es preciso reparar, en cuanto sea posible, el mal y el prejuicio sufridos (2).

La demanda de revision debería igualmente estar abierta á los reincidentes, si bien exigiendo de ellos una prueba más lata; así como tambien á los condenados á destierro, y á los que lo están á penas correccionales é incapacitados perpétua ó temporalmente.

---

(1) De la cual estaría encargada la sociedad como quiere Bentham: hasta este punto llega la solidaridad social.

(2) Cf. Art. 443-447.—*Cod. inst. crim. Demanda de revision.*

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS PENAS EN GENERAL.

CAPITULO I.

ESENCIA DE LA PENA:—SU FIN.

SUMARIO.

1. Necesidad de determinar la naturaleza de la pena.—2. Las lenguas no dan á conocer más que un hecho, pero nada sobre su legitimidad.—Desacuerdo entre ellas.—3. Los jurisconsultos no están de acuerdo.—4. Tampoco lo están los filósofos.—5. Qué es lo que conviene llamar pena. —6. Diversas cuestiones que se relacionan con la precedente.

No es ménos importante determinar bien la idea de la *pena* que la del delito; mas tampoco es menor la dificultad.

Si consultamos las lenguas, las etimologías, no nos enseñan sobre esto, más que un hecho; nada sobre la justicia de este hecho.

Segun unos, la palabra pena viene de ποινή, que significaría propiamente la multa pagada por un homicidio, y, por extension, la reparacion de un delito, la satisfaccion por una ofensa; la venganza, el castigo, la expiacion, la víctima expiatoria, el sufrimiento, la pesadumbre, el dolor, el precio, la recompensa, etc. De aquí las locuciones griegas y latinas: ποινὰς δοῦσαι ό τῖσαι *pœnas dare, luere;* ποινὰς ἀπαιτεῖν, *pœnas repetere;* ποινὰς λαβεῖν, *pœnas sumere.*

Segun otros, aquella palabra viene de πόνος, trabajo, fatiga, sufrimiento; ó de *pendere*, pagar, segun Varron.

La palabra alemana *strafen*, castigar, viene de *streifen*,

abatir, golpear, derrotar, la cual tendría su orígen en στρέφειν revolver, agitar, atormentar.

Si consultamos á los jurisconsultos, Ulpiano nos dirá que la pena es la venganza de un delito (1), y los glosadores la definirán: «la satisfaccion de los delitos, impuesta por la ley ó por su ministerio» (2).

Los canonistas se han formado una idea análoga: es decir, una lesion destinada á vengar una falta: *læsio quæ punit, vindicans quod quisque commisit*» (3).

Estas diversas definiciones convienen en gran parte en lo siguiente: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, que es tambien la de Grocio y Puffendorf.

Los filósofos han buscado la razon de la pena, ora en la justicia absoluta, ora en el fin interesado que se puede proponer el castigo, ora en estas dos cosas reunidas.

Segun Platon, la injusticia es un gran mal, la impunidad un mal más grande aún; de donde deduce, que la pena es un bien para el culpable, viendo tambien en la pena dos grandes efectos: la correccion, el mejoramiento del culpable, y el temor saludable que el castigo puede inspirar á los que cayesen en la tentacion de imitarle.

Aristóteles distingue dos intereses en la pena: el interés del paciente, que puede ser con ella mejorado, la correccion, y el interés de aquel que la impone (la pena propiamente dicha), que sería una especie de satisfaccion.

Plutarco no ve esencialmente en la pena más que un remedio para el alma (4); idea enteramente platoniana, más bien del órden moral que del jurídico, pero que podría muy bien remontar la concepcion fundamental del sistema penitenciario algo más de lo que se creería á primera vista.

Séneca, que cita á Platon en esta materia, opinaba lo mismo (5). Despues de este filósofo, ha sido cuando Cu-

(1) *Noxœ vindicta*, D., *De verbor. signif.*, I, 131.
(2) Glos. I., *In rubr. de pœnis.*
(3) C., *Pœnitentia est qœdam.* Diss. 3.
(4) ἰατρεια τῆς υιχῆς
(5) Este filósofo tiene muy bellos pensamientos sobre la penalidad: «hoc semper in omni animadversione servabit, ut sciat, alteram adhiberi ut emendet malos, alteran ut tollat.» *(De ira*, II, 3).—«Nihil minus quam irasci punientem decet: quum eo magis ad emendationem pœnæ genus remedii loco admoneo» (Ibid., I, § 15 y 16,—V. tambien *De Clementia*, I, 22.—De Platon V. las Gorgías. Cf; Aulo-Gelio, *Noches áticas*, VI, 14.

jas ha dicho «*Pœna est delictorum sive criminum cœrcitio inducta ad disciplinæ publicæ emendationem, et ut exemplo cœteri deterreantur, et non quia peccatum est, sed ne peccetur quia prœterita revocari non possunt, sed caventur futura* (1).

En el siglo XVIII, cuando los filósofos criminalistas reconocían ménos á la sociedad el derecho de castigar que el de defenderse, la pena no debía ser más que la accion de rechazar la violencia por la violencia, el mal por el mal; idea que bien comprendida, difiere poco de la de los jurisconsultos, puesto que implica reparacion é intimidacion. Tal era la manera de pensar de Beccaria, de Mably, de Rousseau, y de Blackstone, y es aún la opinion de un gran número de criminalistas de nuestros dias, por ejemplo, de Philipps, de Romagnosi y de Rosmini (2).

Kant y otros muchos filósofos de Alemania ven en la pena, en la imposicion de un mal físico por un mal moral, algo que es necesariamente justo, obligatorio, áun para la sociedad, aunque no tuvisese absolutamente nada que temer ni del culpable, ni de aquellos que podrían imitarle: la pena es entonces una deuda que la sociedad no puede ni remitir ni conmutar; la justicia absoluta quiere ser pagada, satisfecha; y la sociedad, que está encargada de hacer efectivo este pago á expensas de sus miembros culpables, asumiría la falta que dejase impune. La justicia criminal sería, pues, absoluta, inflexible, obligatoria por sí misma de parte del poder llamado á ejercerla, é independiente de toda consideracion interesada. Kant piensa, pues, que es el efecto jurídicamente necesario de un delito (3); mas tememos que confunda el aspecto jurídico ó de derecho de la pena con el aspecto moral, y que ademas no concede al hombre una autoridad, un derecho en consecuencia de este deber, que sólo pertenece á Dios.

No recordaremos más que una sola definicion, la de Ancillon: «la pena es un mal físico, positivo ó negativo, unido á una accion para apartar de ella al autor, ó si esta accion ya se ha cometido, para separar de ella á otros agen-

---

(1) V. la *Glosa* tít. de *pœnis*.
(2) Mas este exige ciertas condiciones y restricciones.
(3) V. *Principios metafísicos del derecho*.

tes, ú obtener una reparacion proporcionada al daño causado (1).»

Como se ve, las etimologías no ofrecen más que un *hecho*, jamás el *derecho* de este hecho; y áun en cuanto á él, no siempre están de acuerdo; lo cual prueba que el pueblo que forma las palabras y concibe las ideas que expresan, no está ménos dividido que los sabios. Las definiciones de éstos no son más instructivas que las denominaciones de aquél; y aunque estuviesen de acuerdo, siempre quedaría el comprenderlas, juzgarlas, ponerse uno de acuerdo con ellas.

Dejemos ya, pues, las palabras y las definiciones, y examinemos por nosotros mismos lo que conviene llamar pena, lo que ésta debe ser, si por otra parte, es posible, y esto sin prejuzgar cosa alguna. ¿Cómo podríamos, en efecto, juzgar de la legitimidad de la pena, de su posibilidad jurídica, si no tuviésemos alguna idea de ella, ó si la idea que tuviésemos fuese falsa?

Ante todo, ¿qué es la pena?

La pena es susceptible de ser considerada bajo distintos aspectos, y esta es la razon por que se la define de muy diversos modos.

La pena se presenta á todos los espíritus como un sufrimiento que se hace sentir á un agente por haber atentado contra el derecho de otro. Tal es la idea general que se descubre en el fondo de toda pena.

Mas, ¿con qué objeto se hace sufrir de este modo á aquel que ha lesionado á su semejante?

¿Es por satisfacerse con el placer que se experimenta en hacer ó ver sufrir á aquel que nos ha causado un mal? La pena sería entonces la *venganza personal*.

¿Es por satisfacer la misma necesidad sentida tambien por todos los miembros de una sociedad, á consecuencia del espíritu de comunidad y simpatía que las une, necesidad que es entónces sentida, pero que tambien corre el riesgo de extraviarse?—La pena sería, pues, la *venganza pública*.

¿Es para restablecer una especie de órden perturbado, una especie de igualdad entre un mal físico que no habría debido ser, y un mal de la misma clase que debería ser por consecuencia del primero?—La pena sería entonces

---

(1) *Del espíritu de las constituciones sociales y su influencia sobre la legislacion.*

una justicia distributiva del mal físico, segun la nocion de la igualdad.

¿Es, por el contrario, para compensar un mal moral por un mal físico?—La pena sería en este caso una *expiacion.*

¿Es en interés moral del culpable, para hacer renacer en él sentimientos de honradez que jamás debieron borrarse?—La pena no es, en este caso, más que *un régimen moral.*

¿Es en interés de la seguridad individual y pública?—La pena no sería entonces más que la *defensa personal y pública.*

¿Es, en fin, por muchas de estas consideraciones á la vez, ó por todas reunidas?

Esto es lo que es preciso examinar (1).

---

(1) V. ademas sobre la naturaleza, el orígen, el fin, la medida y la clasificacion de las penas, las obras especiales siguientes: Ar. D. R. *Rodalmus, De origine juris puniendi*; L. B. 1742; *Holtze* (G.—G. De) *De natura pœnarum*; Troj., 1754.—G.—G. Hooft, *De pœnarum origine* et *distributione*; Lugd. Bat., 1763;—L.—J. Nepveu, *De origine et mensura pœnarum,* Maestr., 1773.—S.—J. *Honore, De fine pœnarum*; Lugd. Bat., 1763;—C.—S. Vening. *De fine pœnarum.*, 1826.

CAPITULO II.

SI LA PENA TIENE SU RAZON EN LA VENGANZA PERSONAL.

SUMARIO.

1. Qué es la venganza.—2. Sentimiento tanto más vivo y difícil de contener cuanto ménos civilizado es el hombre.—3. La venganza no conoce ni la eleccion ni la medida de la pena.—4. Si el hombre aislado tiene el derecho de castigar.—5. Razon del exceso de los castigos fuera de las sociedades civilizadas.—6. Igual razon del mismo hecho en las guerras internacionales.—7. Progreso del derecho de castigar pasando del estado de aislamiento al de horda salvaje.—8. La venganza está aquí sometida ya á ciertas reglas en cuanto á su naturaleza é intensidad. La pena es aquí todavía una pasion, pero una pasion ya humana.—9. Diferencia entre la venganza y el instinto análogo al del bruto.—10. Diferencia entre la venganza y la pena propiamente dicha.—11. Consecuencias de la identidad falsamente supuesta entre estas dos cosas.

La venganza es un sentimiento vivo y profundo que nos lleva á maltratar á aquel de quien hemos recibido alguna injuria: es una necesidad hacer mal cuando y á aquel de quien se ha recibido; y parece haber en ella tanto más placer para el hombre, cuando éste es ménos civilizado, ó los sentimientos nobles están ménos desarrollados ó son ménos poderosos. Los salvajes encuentran en ello un irresistible atractivo, y lo sacrifican todo á esta horrible pasion.

«He conocido Indios, dice Adair, que para vengarse, han recorrido mil leguas al través de los bosques, de las montañas y las marismas cenagosas, expuestos á todas las intemperies, al hambre y la sed. Su deseo de venganza es tan violento, que les hace despreciar todos estos peligros, con tal de tener la dicha de arrancar la cabellera del homicida ó de un enemigo, á fin de apaciguar las sombras irritadas de sus parientes, víctimas de un homicidio (1).»

---

(1) Adair, *Hist. of Amér. indien.*, p. 150. Robertson hace de esta necesidad el carácter distintivo de los hombres en el estado que precede á la civilizacion; explica este sentimiento por la constitucion misma

En el estado de aislamiento, los hombres no tienen otras leyes que aquellas cuyo gérmen ha sido depositado en la razon de todos por la misma naturaleza; gérmenes que necesitan del medio social para desarrollarse.

Apénas existe, pues, una ley natural aun para hombres que casi no son dignos de este nombre. Para ellos no hay más que instintos, é instintos ménos seguros que los de los animales, puesto que los hombres están destinados á guiarse por la razon y no por el instinto.

Si el hombre aislado, el hombre en estado de naturaleza no fuese una suposicion enteramente gratuita, sería, una especie de monstruosidad; no sería ni hombre ni bestia.

Supongamos, sin embargo, que despues de haber vivido más ó ménos tiempo con aquellos de quienes han recibido la existencia, los hombres se dispersan y aislan: ¿cuál será su derecho criminal si llegan á encontrarse de frente y á disputarse una presa? Tal derecho no será ni escrito ni convencional; allí no hay sociedad, ni, por consiguiente, leyes. Será, pues, reputado delito todo acto que parezca tal á aquel que lo sufre; la defensa será proporcionada á la cólera y á las fuerzas del agredido, más bien que á la culpabilidad del agresor; nada de eleccion ni medida en la pena; la violencia, los golpes, las heridas, el homicidio: hé aquí la manera de castigar en esta situacion.

Si la nocion de la pena lleva consigo la de una defensa preventiva, cual es la de hacer perder al agresor el deseo de renovar la agresion, es lo cierto, sin embargo, que el hombre aislado tiene el derecho de castigar en este sentido, y que puede tener concepto de él. Bajo esta relacion, la pena es posible fuera de la sociedad; pero como la seguridad es aquí el fin que se busca, cuanto más débil es el individuo que quiere obtenerla, más extremados pueden ser sus medios, y ménos moderacion puede haber en el castigo. Preciso es reconocer que el derecho de defensa le autoriza para ello.

Este estado imperfecto de la falta de derecho criminal entre hombres aislados, es, empero, el que regula muy frecuentemente las relaciones internacionales, esto es, el estado de guerra. Este se distingue, sin embargo, de aquél por las

---

de la sociedad salvaje, y cita en apoyo de su asercion á *Boucher*, *Charlevois*, *Lery Lozano*, *Henepin*, *Colden*, Herrera. (Robertson, *Hist. de Amér.*, lib. 14, p. 560 y 561, edit, panth. Littér.)

siguientes diferencias: por un interés mejor entendido á veces; porque tiende al más alto grado de civilizacion, á las negociaciones diplomáticas, á la intervencion pacífica ó armada de potencias amigas, aliadas ó rivales; y por los tratados existentes, que son un comienzo de sociedad cuando han sido libremente consentidos, pero que carecen siempre de una autoridad soberana capaz de hacerlos respetar.

Los pueblos salvajes, por el mero hecho de tener una autoridad soberana ó algo que á ella se aproxima, son ya susceptibles de un derecho penal ménos imperfecto que el que reina entre las naciones más civilizadas. Dichos pueblos están todavía en el estado de naturaleza, en el estado salvaje.

Con el sentimiento apasionado de la venganza que anima al salvaje, se mezcla ya, sin embargo, cierta nocion de justicia, puesto que el homicida reconoce que es culpable y se entrega sin dificultad, y acepta la muerte con valor, ménos como expiacion que porque es merecida.

Entre los naturales de Nueva-Holanda, si las leyes han sido violadas por un miembro de la tribu, el castigo que se le aplica está en razon de la gravedad misma del delito; mas no parece que la pena de muerte sea jamás aplicada, como se hace en el antiguo mundo, puesto que la destreza de culpable puede casi siempre sustraerle del castigo. En algunos casos se impone el destierro, y este género de castigo es siempre vivamente sentido por los naturales, dotados en general de un amor extremo al suelo natal (1).

No es raro, sin embargo, que ellos se destierren voluntariamente de la poblacion para evitar un castigo merecido. Si vuelven luégo, es porque juzgan que la cólera de las personas lesionadas se ha calmado, y entónces sufren la pena de su delito; pena que, no siendo ya aplicada con pasion, es necesariamente ménos rigorosa (2).

Segun los principios recibidos de que todo delito exige una reparacion, no se debe extrañar que se apele á las vías de hecho, y sobre todo á los duelos, que son su consecuencia (3).

Siempre que un natural ha sido víctima de un asesinato, sus parientes, y segun parece hasta á sus amigos, tienen

(1) Freycinet, *Viaje al rededor del mundo*, t. III, p. 785.
(2) *Ibid.*, id., p. 786.
(3) *Ibid.* id.

derecho, si el verdadero culpable les es desconocido, á llamar á combate á las personas que, habiendo presenciado el suceso, deben responder de las consecuencias, ora haya sido muerto el hombre atacado, ora no haya sido más que herido (1).

La venganza es, pues, ya una pasion humana; el animal se defiende á la vista de su enemigo irritado; mas ¿se venga? Menester sería para que se vengase, en el sentido propío de la palabra, que tuviese la nocion de lo justo y de lo injusto; porque la venganza no es una pasion puramente instintiva y ciega, sino que supone ideas, derechos, teniendo ciertas relaciones con la justicia penal, como veremos despues de hablar del Talion. Mas como el hombre puede exagerar sus derechos, creerse tambien lesionado cuando no lo está; como la pasion puede cegar en esto de varios modos, se comprende que á pesar de todo lo que puede haber de justo en la retribucion del mal por el mal por sentimiento de venganza, la sociedad no puede permitirla, y toma por su cuenta los derechos del ofendido.

Bastaría que la venganza no se distinguiese de la justicia más que por la falta de medida, y sobre todo por el placer inherente á castigar el hombre por sí mismo á aquel de quien ha recibido alguna ofensa, para que difiriese de la pena, que siempre se presume justa, aplicada sin pasion y áun con pesar.

Si el derecho de castigar consistiese, como piensan Brukner (2) y Schmalz (3), en la necesidad de aplacar el deseo de venganza excitado por el crímen en aquel que de él ha sido víctima, resultarían de este principio consecuencias prácticas inadmisibles:

1.ª La pena no tendría ya razon suficiente si no existiese ya el ofendido y no hubiese quedado persona que sintiese la necesidad de vengarle, de suerte que el medio más seguro de ser irreprochable á los ojos de la justicia, sería matar á aquel cuyos derechos hubiesen sido lesionados: un nuevo crímen contra su persona, el mayor de todos los crímenes,

---

(1) *Ibid.* id.

(2) *Ensayo sobre la naturaleza y el origen de los derechos, ó Deduccion de los principios de la ciencia filosófica del derecho; Leips.*, 1810.

(3) *La ciencia del derecho natural*; Leips, 1831 (al). En derecho, dice este autor. p. 69, la pena no difiere de la venganza.

aseguraría legítimamente la impunidad, puesto que haría jurídicamente inocente al reo, en atencion á que destruiría la razon de la pena, la necesidad de la venganza.

2.ª Siendo esta necesidad, hipotéticamente, la base del derecho de castigar, su razon, bastaría que no existiese, como en el idiota ó el niño, para que allí no hubiese pena posible, áun para los crímenes contra las personas, y con mayor razon para los delitos contra las cosas pertenecientes á personas incapaces de concebir resentimiento contra aquellos que atentan contra sus bienes.

3.ª Otra consecuencia de la misma hipótesis, pero muy diferente de la que precede, es que la sed de venganza debería ser la única medida de la pena; y fuera de aquel que la experimenta sin conocer su grado, nadie podría decir en su lugar: «esta es suficiente (1).»

---

(1) V. ademas sobre esta materia. *Saint—Edme*, ob .cit., V.° *Venganza*: Cibrajo, *Della economía del mediocro*, t. II, pág. 92, 108 y siguientes; Alb. Du Boys., ob. cit. t. II, p. 12, 46, 248, 264, 577, 581; Daumas, *Usos y Costumbres de Argelia*, p. 181.

CAPITULO III.

SI LA PENA ES LA VENGANZA PÚBLICA Ó SOCIAL.

SUMARIO.

1. La pena no es la venganza pública.—2. Tampoco es la venganza privada.—3. Consecuencias admisibles de lo contrario.

Prevéese la solucion de esta cuestion: si la pena no puede consistir legítimamente en la satisfaccion dada al resentimiento personal, no hay motivo para que pueda razonablemente definirse: *la vindicta pública.* Enhorabuena que esta sea una manera oratoria de caracterizarla; mas no es permitido pensar que estas expresiones puedan ser tomadas á la letra; puesto que, de lo contrario, el culpable, cuya accion tuviese por cómplice el favor público, ya no sería culpable.

Del mismo modo, el inocente, el hombre de bien, cuya virtud misma ha contribuido á suscitar la envidia y el ódio del pueblo, sería legítimamente víctima de la animadversion pública.

Menester sería decir ademas que el culpable podría ser justamente castigado en toda la extension de las exigencias apasionadas de una multitud ciega.

Sería salirse de la hipótesis, hablar de una venganza que tuviera su razon legítima y su justa medida: pues esta razon misma y estos justos límites serían entonces el verdadero motivo de la pena: la venganza no sería más que el móvil, y la satisfaccion que ella reclama, una simple consecuencia.

En una palabra, si la pena tuviese su razon en la venganza personal ó pública, bastaría que esta necesidad existiese, que fuese sentida en un grado cualquiera, para que la pena, que debería ser su satisfaccion, fuese siempre legítima en sí, siempre justa en su extension, como bastaría tambien que esta necesidad no existiese ó no pudiese ser satisfecha, para que la pena no tuviese razon de ser.

CAPITULO IV.

SI LA PENA CONSISTE EN LA RETRIBUCION DEL MAL FÍSICO POR EL MAL MORAL EN LA EXPIACION.

SUMARIO.

1. Trasformacion de la cuestion.—2. Importancia de esta cuestion.—3. Tres maneras de considerarla.—Consecuencias.—4. Primer aspecto: si se puede considerar al culpable como fuera de la ley.—5. Si la pena consiste en la reparacion del mal moral por el mal físico.—6. Si la pena consiste en la satisfaccion de una especie de justicia personificada, satisfaccion que resultaría de la aplicacion de la pena.—7. Manera sintética y mística de concebir ademas la relacion entre la pena y el delito.—8. Si la pena es necesaria de una manera absoluta.—9. La expiacion religiosa ó ceremonial puesta en lugar de la expiacion jurídica y moral.

Plantear de este modo la cuestion, es preguntarse si hay alguna relacion de identidad entre estas dos especies de males, y cuál es esta relacion: qué dósis de mal físico, por ejemplo, sería menester para compensar un mal moral de un grado dado. Planteada así la cuestion, se resuelve por sí misma.

Sin embargo, como este sistema es seguido aún por un gran número de hombres de mérito, y ha gozado, durante largo tiempo, de cierta autoridad, debemos examinarle con algun detenimiento.

Este sistema presenta tres puntos de vista ó tres clases de resultados, segun que se tome al culpable en el estado extra-legal en que se ha colocado, y se le trate en consecuencia sin pensar en mantenerle en el órden social por la pena; segun que se le mantenga, por el contrario, fuera de este órden, al cual no volverá jamás si se es consecuente; y por último, segun que se le retenga en el órden social, pero en cierto aislamiento, y con la resolucion, la esperanza al ménos, de volverle á su posicion primera por el empleo de la pena como medio curativo.

El desórden moral engendrado por el delito, no llevaría

al órden, en el primer caso, sino por la generacion regular de sus consecuencias, todas contrarias al culpable. Esto sería como un órden negativo paralelo al órden moral-jurídico positivo. No tardaremos en explicarnos.

La segunda manera de proceder á la reparacion del desórden social, consiste en mirar el delito como un mal que puede ser borrado por la pena, como una deuda social que sólo la pena puede pagar. Tal es el sistema de la expiacion.

Por último, la tercera manera de hacer salir al malvado del desórden moral en que ha entrado por el delito, consiste en hacer servir la pena para cambiar sus intenciones, sus sentimientos, y hacer nacer en su conciencia el remordimiento, el ódio al mal, el amor al bien, y la resolucion de practicarle en lo sucesivo. La pena no es entonces más que un remedio, un medio dietético para llegar á un resultado tan apetecible. Volvamos á estos tres sistemas subordinados:

1.° ¿Se puede mirar realmente al culpable como fuera de la ley y el derecho, por el mero hecho de su crímen? Esta tendencia de algunos filósofos criminalistas (1) á despojar al culpable de todos sus derechos poniéndole fuera de la sociedad, ¿no priva al mismo tiempo y necesariamente al soberano del derecho de castigarle? ¿Le deja al ménos otra pena que aplicar, distinta de la de *destierro*, del *exterminio civil*, para servirnos de una palabra de Pasquier muy significativa? Si el culpable no es de esta manera excluido del cuerpo social, y, sin embargo, no tiene ya ninguna comunion con él; si ya no tiene derecho, la pena capital, ó la servidumbre al ménos, vendría á ser respecto á él siempre legítima. El hombre que no tiene derechos, no es ya una persona jurídica, un hombre social; es en este respecto una bestia feroz que es preciso destruir, un muro que amenaza ruina y que se puede hundir; es un animal ó una cosa. Y lo que hay de más notable, es que todos los malos tratamientos que se le puede hacer sufrir, aunque fuesen todavía jurídicamente permitidos, no merecen ya el nombre de pena, ó al ménos no están ya sometidos á la razon de justicia que reclama penas diferentes segun la diversidad de los delitos,

---

(1) Fichte, *Fundamento del derecho natural*, 2.ª parte, ps. 95 y 98. (al); De Rotteck, *Manual de derecho natural*, t. I, p. 257, Stutt., 1829 (al).

y que, en todo caso, impone una medida dentro de la cual se puede permanecer, sin duda, pero que jamás es permitido traspasar.

El hombre no pierde su cualidad de tal dejando de conducirse de una manera razonable. Pierde sí algunos de sus derechos, mas no puede perderlos todos. No es, pues, verdad que se encuentre colocado fuera de todo derecho; no pierde á lo sumo más que aquellos que desconoce; todos los demás los conserva, como despues veremos.

Sólo se puede, pues, castigar al culpable, si esto es posible, segun la naturaleza y el grado del delito. Decimos si esto es posible, porque se trata aquí precisamente de la razon de la pena, y esta razon es la que buscamos.

2.° En cuanto al sistema que asigna como fin á la pena la reparacion directa del mal moral (social) por el mal físico, tiene más de una afinidad secreta con la venganza y con el Talion. Es notable, en efecto, que segun este órden de ideas, las expresiones: ser castigado, es decir, pagar penas *(luere, solvere pœnas);* imponer penas, *(dare pœnas);* castigar, es decir, reclamar, demandar, exigir, tomar, recibir penas, *(repetere, poscere, reposcere, sumere, accipere pœnas,)* expresen una especie de contrato de pago, de restitucion, de sustitucion de la pena á la falta, como si la pena fuese de la misma naturaleza que el bien moral, y estas dos cosas pudiesen suplirse, compensarse, ocupar la una el lugar del otro (1).

La pena es seguramente un bien moral, en el sentido de que es *justa*, merecida, pues que es la aplicacion al agente de su propia máxima de accion; mas esta justicia no repara nada, y todos los suplicios del mundo no bastan á impedir un delito cualquiera, no influyen nada en la intencion de aquel que lo ha cometido, y no disminuyen tampoco el perjuicio que de él se ha seguido.

La pena propiamente dicha, y considerada sólo con relacion al mal que se cree ha de hacer desaparecer, no tiene, pues, ninguna virtud compensatoria, á no ser el triste goce que se puede sentir al ver sufrir á aquel que nos ha hecho mal.

---

(1) Se dice tambien, segun la misma analogía, recibir *su recompensa, lo que se merece, el premio de sus acciones*, en vez de *ser castigado*. Este es un sentido de la palabra ποινη como si la pena fuere una cosa absolutamente buena.— V. el *Gorgias*.

Mas los que hablan de la virtud expiatoria de la pena, no piensan en esta compensacion, y se imaginan, por el contrario, que la falta y la pena, consideradas en un mismo indivíduo, el culpable, son de tal naturaleza, que la segunda hace desaparecer, por decirlo así, la primera, la rescata, la expía, la purifica. De aquí la idea práctica de recurrir á medios de purificacion corporales simbólicos, para lavarse de una falta. De aquí tambien cierta identidad entre la pena, la súplica *(supplicium, supplicare)*, la víctima *(hostia piacularis)*, el precio de la expiacion, los medios de expiacion, el sacrificio en general, la rogativa y la expiacion misma (1).

Trátase de ver si esta teoría mística de la pena es sostenible.

¿Es verdad, en primer lugar, que hay una compensacion posible entre cosas tan absolutamente diferentes como el mal físico y el mal moral? ¿De qué manera desaparecería inmediatamente el primero en favor del segundo? ¿Cómo serían compensados por una sensacion dolorosa la mala intencion y los sentimientos perversos que constituyen el mal moral? ¿Qué hay de comun entre estas dos cosas, y cómo la una podría reemplazar á la otra?

Notemos bien, en efecto, que en este sistema importa poco el sentimiento moral del culpable; para que en él haya expiacion, para que la pena produzca su efecto, basta que se haya aplicado, es suficiente que se haya sufrido. No se exige que sea aceptada por el condenado. Una vez que la pena haya durado hasta el fin, que haya sido soportada voluntaria ó involuntariamente, haya ó no arrepentimiento, ora se continúe siendo culpable en el fondo del alma, ora se haya llegado á ser un hombre nuevo, háyase ó no operado un cambio, una *conversion* en la naturaleza moral del paciente, jurídicamente ha expiado su falta.

En este sistema, en efecto, el réspeto á la justicia conmutativa ó de retribucion, no es el motivo de la pena (2); se

---

(1) *Gesenius*, *Lexicon. man. hebr. y chald.*, p. 499; b. p. 331; b. 498; b. 690; b. etc; Leips, 1,833. V. tambien Vico, *De constantia philologiæ*, p. 291 y 339, edic. Milan, 1835. op. lat. Manú dice en sus leyes, que «los hombres que han cometido crímenes y á los cuales el rey ha impuesto castigos, van derechos al cielo, exentos de pecado, y tan puros como los que han hecho buenas acciones (VIII, 318).

(2) Tampoco, segun Fichte, que la nocion de la expiacion y la del derecho son contradictorias. *(Elem. de der. nat.*, II part., p. 127). (al).

quiere hacer desaparecer en aquel que la sufre, no sé qué vestigios de un mal moral pasado, sin pretender en lo más mínimo hacer desaparecer el mal moral actual.

En otro caso, sería preciso en efecto:

1.° Que se estuviese tan seguro de la desaparicion del mal moral pasado, por la pena presente, como de la existencia misma de estas dos cosas.

2.° Que la pena cesase desde que se hubiese demostrado su ineficacia, ó lo que puede ser más grave aún, que se aumentase indefinidamente, tanto en duracion como en intensidad, hasta que se produjese el efecto.

3.° Que este efecto pudiese hacerse constar.

Pero ¿cómo podría ser observado tal efecto? ¿qué hay en él de sensible ó fenomenal? ¿hay aquí un efecto cualquiera? ¿qué es, en fin, la expiacion sino una metáfora peligrosa y grosera, desde que deja de ser confundida con la justicia penal, de que hablaremos despues, ó con el mejoramiento del culpable, de que vamos á ocuparnos?

Que la pena produzca un efecto moral sobre el que la sufre, ó que no produzca efecto alguno, se concibe siempre legítimo ó posible; siempre justo bajo el punto de vista de la reciprocidad ó del derecho; pero no sucede lo mismo con la expiacion, que nada significa en derecho, ni es sostenible en la moral, si se la toma como fin y no como medio para obtener el cambio moral del culpable.

Hay, por otra parte, en el sistema de la expiacion, no sé qué oscuridad tenebrosa, qué mal reflejo de dureza, de barbarie y de fanatismo, que le hace justamente sospechoso al espíritu ilustrado, positivo y razonador de nuestra época.

Ademas, si la sociedad tuvíese la mision de purificar al culpable, y no la de castigarle solamente, ¿por qué éste ha de permanecer despues puro ó impuro? ¿por qué todas las faltas morales, por indiferentes que sean inmediatamente al derecho de otro; por qué, decimos, todas estas faltas no han de entrar legítimamente en nuestros códigos penales, como en las terribles épocas del régimen teocrático?

Digámoslo, pues: la retribucion del mal físico por el mal moral es absurda, puesto que admite compensacion entre cosas de naturaleza esencialmente diferente. Así, hasta los hombres más religiosos y que siguen aún al sistema de la expiacion, pero que entienden, sin embargo, que sólo resta la palabra y que la cosa ha cambiado, rechazan el

castigo por el castigo, es decir, la retribucion del mal físico por el mal moral. «No puede haber expiacion por el castigo, sino cuando el culpable mismo consiente la pena. Dios quiere, sin duda, que así sea en cuanto á su propia justicia, puesto que quiere el progreso. Si el culpable puede á veces aquí abajo tratar de sustraerse á la pena, en otra parte se somete á ella. Muchos han cometido el error de creer en la eficacia del castigo como tal: el terror de la caida les había impedido ver que la pena del delito no puede borrar el crímen, sino á condicion de que el criminal acepte la pena. José De Maistre ha incurrido en este error (1).»

Ballanche cae á su vez en otro: no es la aceptacion de la pena lo que constituye la expiacion. Hay aquí tres casos posibles: ó la pena es juzgada merecida por aquel que la sufre sin que se someta á ella voluntariamente por el mero respeto á la justicia;—ó es juzgada merecida, y aceptada por sentimiento de justicia;—ó bien, en fin, es detestada por el corazon y negada por el espíritu.

En el primer caso, no hay expiacion, y mucho ménos aún en el tercero. ¿Por qué, sino porque el amor á la justicia no es sentido, *la expiacion* no tiene lugar en la primera de estas hipótesis, y la misma idea ha desaparecido en la tercera? ¿Por qué se dice, por el contrario, que hay expiacion en el segundo caso, á no ser porque hay á la vez idea y amor al bien?—Mas entónces, ¿es precisamente este amor ilustrado, el que constituiría la expiacion? Pero como ésta sería posible sin la pena, como se distingue de ella profundamente, es abusar de las palabras y confundirlo todo, llamar á la pena expiacion. La pena no es más que un medio; y la expiacion, como efecto, como cambio moral, como conversion, puede ser debida, y más seguramente á veces, á otra causa completamente distinta de la pena, como por ejemplo, al perdon.

La palabra mística expiacion indicaría, pues, una conversion moral por medio de la pena, no siendo razonable en otro sentido. Porque preciso es convenir en que el fin es aquí lo único deseable, lo único importante, y que el medio no tiene, por sí mismo, ningun valor, sino que, por el contrario, así considerado, es esencialmente malo, semejante á

---

(1) Ballanche, *Paling.*, *soc.*, 2.ª part., p. 219.

los venenos que no tienen precio sino á título de remedios, pero que permanecen siendo venenos para las constituciones sanas, y áun para las enfermas, á las que alteran más, cuando no las curan.

Convengo, en que se conserve esta palabra mística y de un sentido oscuro; pero querría tambien que se condenase en ella el sentido fanático que la atribuye José de Maistre, y se distinguiesen mejor las ideas complejas que expresa cuando se hace de la pena una especie de medicamento moral. Preciso sería ademas reconocer que la salud moral puede recobrarse por otro medio, y que en todo caso, el régimen es útil cuando ha producido su efecto.

Tambien sería preciso distinguir profundamente la nocion de la justicia que se relaciona con la idea de la pena, y la nocion completamente moral de la expiacion.

3.° Un sistema que se parece mucho al de la expiacion, y que no se diferencia de él sino por un carácter más religioso y místico aún, es el que impone la pena como satisfaccion á la justicia absoluta, á la justicia personificada en Dios mismo, y que la representa más ó ménos sensiblemente animada del sentimiento de venganza, cuya medida no puede absolutamente conocer el hombre.

Más es preciso notar: 1.° que la satisfaccion de la justicia absoluta, á pesar de personificarla Dios, es absurda, ó no tiene sentido, si por ella se entiende hacer que lo que ha sido no haya sido, devolver á la justicia, á Dios, lo que le ha sido arrebatado, ó establecer una especie de reciprocidad entre él y el culpable. Tales proposiciones no necesitan más que ser enunciadas para ser juzgadas (1); 2.° que si la satisfaccion á la justicia absoluta se entendiera en el sentido abstracto, extra-social, ántes expuesto, aquélla no podría á lo sumo pertenecer más que á la moral, ó más bien á la teodicea, más no al derecho, puesto que la sociedad no estaría en ello interesada.

A decir verdad sobre este punto, tal satisfaccion no forma parte de ninguna ciencia humana; si pudiese ser exigida de Dios, Él sólo sabe cómo y en qué grado. No necesita

(1) V. mi *Etica ó Ciencia de las costumbres*, p. 384-395. La misma doctrina ha sido reproducida y desarrollada por mí bajo ciertas relaciones, en la *Revista de Legislacion y Jurisprudencia*, p. 387 y siguientes, t. V, 1842.

de los hombres para vengar su justicia ultrajada. Aun admitiendo que la pena fuese para el hombre un medio de corregir á su semejante, este medio no es indispensable para Dios. ¿Porqué, pues, recurrir á él, cuando Dios mismo le desdeña ó aplaza su empleo?

No queda más que un camino para intentar la justificacion de la pena fuera de la utilidad y necesidad social unidas al principio de la reciprocidad: decir que se impone primitiva, absolutamente al delito, lo cual es hacer de esta proposicion: «todo mal social (y moral) merece castigo,» una de aquellas proposiciones sintéticas *á priori*, que es preciso admitir sin buscar su razon, precisamente porque son primitivas; y entonces esta proposicion viene á ser un principio universal, necesario, absoluto, inescrutable, una ley de nuestra inteligencia moral, un imperativo categórico absoluto (1), como quería Kant.

Si el principio viene á ser el de la reciprocidad, es decir, si se la funda sobre la idea de la identidad de la naturaleza humana, y sobre esta otra idea tambien,—que no es, por lo demás, sino una consecuencia de la primera,—á saber, que nuestras máximas de accion pueden volverse justamente contra nosotros mismos, que la ley por nosotros hecha para los demás la hacemos necesariamente tambien para nosotros mismos, entónces la adopto plenamente; mas convendría modificar la fórmula de manera que no se comprendiese en ella la moral, y prevenir todas las dificultades que acompañan al principio de la expiacion.

Preciso es tambien reconocer, sin embargo, que si hay una relacion de coordinacion, ó más bien de subordinacion entre el órden físico ó sensible y el órden moral ó práctico, es ésta: que el bien moral llama al bien físico. Mas hay aquí una proposicion sintética cuya fuerza es menester no exagerar y cuya justa esfera de aplicacion es preciso comprender. No quiere decir seguramente que repugne á la justicia divina hacer dichoso á un sér sin hacerle pasar por la prueba del mérito. El bien físico, la dicha puede existir á título puramente gratuito. Esto sólo significa que el soberano está en la necesidad de recompensar todas las

(1) Krug le encuentra un carácter hipotético, puesto que supone la falta; mas no hay aquí, como Rotteck hace notar justamente, más que una cuestion de palabras.

virtudes y castigar todos los vicios. Hay, pues, allí una proposicion sintética que pertenece á la moral y á la teodicéa, pero que no es del dominio del derecho.

Que la sociedad pueda hacer mal á un hombre, porque ésto mismo lo ha hecho á otro, nada más justo; pero que esto sea una *necesidad* jurídica, ó que la sociedad no pueda en ningun caso dispensarse de penar al culpable sin asumir ella misma el crímen que tiene el derecho de castigar, esto es lo que no puede sostenerse sino á lo sumo en teodicéa. Digo á lo sumo, porque bajo el punto de vista del órden absoluto, no pudiendo el mal físico impedir que el mal moral haya existido, sino es infaliblemente un medio de llevar al culpable al arrepentimiento, si la pena no tiene, pues, una virtud purificativa infalible, no repara nada, no expía nada, no conduce á nada: no es más que una venganza inútil, que tiene su *ocasion* en el mal moral, pero que, por el mero hecho de no conducir á nada, no tiene razon de ser; porque la razon de un acto es esencialmente el fin, el objeto de este acto; y si, hipotéticamente, el fin es nulo en cuanto al pasado y nulo en cuanto al porvenir, es, pues, nulo absolutamente, no existe. A lo cual yo añado: no es posible.

Si la pena fuese de una necesidad absoluta, lo sería ménos quizá bajo el punto de vista moral y aún teológico, que bajo el aspecto metafísico; es decir, que Dios no habría podido hacer el mundo sin que,—segun las grandes leyes que le rigen, leyes en sí mismas necesarias en la idea divina por contingentes que nos parezcan,—deba sufrir el agente que perturba el órden moral. Menester sería un milagro para sustraer la sensibilidad á las leyes que la rigen en sí misma y en sus relaciones; ¿mas este milagro puede hacerle Dios, si las leyes que gobiernan el mundo físico y el mundo moral no son arbitrarias, sino que tienen su razon de ser, y una razon necesaria, como su orígen, en la misma naturaleza divina?

A esta altura, pues, todo puede ser necesario. No es sino quebrantando las relaciones que unen los hechos á las leyes, las leyes á la naturaleza de las cosas, la naturaleza de las cosas á la voluntad divina, la voluntad divina á su suprema inteligencia, esta inteligencia, en fin, que no puede engañarse, ni por consiguiente, estar sujeta á dos maneras opuestas de concebir el mundo, como nosotros encontra-

mos lo contingente, lo arbitrario, lo contrario á lo posible, que, segun todas las apariencias, no existe, por consiguiente, para Dios.

Existe ademas otro modo de entender la pena por la expiacion; modo enteramente místico, con más propiedad, modo enteramente supersticioso, imaginado por los sacerdotes de las falsas religiones, por error ó por codicia, pero tan contrario á la religion verdadera, como á la moral y á la justicia. Consiste este modo, de parte del culpable, en someterse á ciertas ceremonias que no son más que la sombra de las penas, pero á las cuales se cree unida una virtud divina, una virtud expiatoria que hace desaparecer el mal como el agua la suciedad material; ilusion fundada en el abuso de las imágenes, en el de la religion que hace obrar á Dios á impulso de los intereses y pasiones de la humanidad, y que, á pesar de suponer el poder divino, tiende á confiar demasiado en su bondad, y á hacer su justicia irrisoria.

De todas estas especies de expiacion, las que se empleaban para el homicida eran las más solemnes, y cuando el culpable era de distincion, los reyes mismos no se desdeñaban de hacer la ceremonia. Así, en Apolodoro, Capréo, que había dado muerte á Iphito, es expiado por Enristhéo, rey de *Micénas*. En Herodoto, Adrasto viene á hacerse expiar por Creso, rey de Lidia. Hércules y Theséo se sometieron tambien á las ceremonias de la expiacion. Jason, para expiar el asesinato de su cuñado, cortó los extremos del cadáver, y bebió por tres veces la sangre que de él salía, segun costumbre en los homicidios. Otras veces, se limitaba á lavarse en una corriente de agua, lo que hace decir á Ovidio (*Fast.*, t. II):

«¡Ah! nimium faciles, qui tristia crimina cædis
Fluminea tolli posse putatis aqua (1).

---

(1) V. Sobre las expiaciones: *Mem. Acad. inscr. y bellas letras*, tomo I., en 4.°, p. 41.—Cf. Saint-Edme, *ob cit,*, y Voltaire, *Diccionario filosófico.*

CAPITULO V.

SI EL FIN DE LA PENA CONSISTE EN EL MEJORAMIENTO DEL CULPABLE, EN EL ARREPENTIMIENTO Y LA BUENA RESOLUCION, POR MEDIO DE LA RETRIBUCION DEL MAL FÍSICO POR EL MAL MORAL.

SUMARIO.

1. Esta teoría se funda en la confusion del derecho y la moral.—2. Supone lo imposible y lo injusto.—3.—La pena tiende, sin embargo, en el progreso de la civilizacion, á tomar el carácter de un medio de moralidad, pero sin perjuicio del derecho social y privado.—4. Utopia de Platon realizada.—5. La moralizacion por medio de la pena es un fin accesorio en derecho.—6. Consecuencias peligrosas ó terribles del principio contrario.

Supongamos ahora que el cambio moral del culpable sea el fin principal, esencial de esta especie de compensacion que se busca del mal moral por el mal físico.

¿Puede esta teoría del órden moral servir de razon y de base á la justicia criminal?

Si no se quiere confundir lo que por su naturaleza es distinto, si se quiere distinguir la pena, bajo el punto de vista del derecho, de la pena bajo el aspecto de la moral, y no ocuparse de ella por de pronto más que bajo el primer aspecto, preciso es responder atrevidamente con la negativa.

Nó; porque la enmienda del culpable es un cambio de estado completamente moral, fuera de la esfera del derecho, y que escapa al fuero externo.

La sociedad está ciertamente interesada en que todos sus miembros sean honrados, mas no se puede admitir en principio que tenga el derecho de obligarles á ello por medio de la pena; pues, de otro modo, los hombres que no fuesen áun más que sospechosos podrían ser castigados, sin embargo de no ser para hechos posibles, sino para hechos reales para los que las penas se hallan establecidas.

No obstante, no puede ménos de convenirse en que la pena, considerada como régimen moral, tiende á tomar más y más este carácter en las sociedades más civilizadas de ambos mundos; los sistemas penitenciarios, las mitiga-

ciones llevadas al rigor de las leyes, el descrédito unido á la pena capital; un sentimentalismo, quizá exagerado, pero que demuestra que la conciencia pública avanza más cada dia en el misterio de nuestra naturaleza y descubre en ella la parte mayor ó menor de una especie de fatalidad en el destino social de cada uno de nosotros; la piedad que tiende á sustituir á la indignacion para con el culpable: todo esto prueba que el hombre de nuestros dias es imperiosamente inclinado á la misericordia para con el hombre, y que, sin desarmar á la sociedad respecto del crímen, se le reprimirá con calma y áun con generosidad. No se cesará de ver en él un hombre, un hermano criminal; y se creerá con Sócrates, que no ha llegade á ser malo sino porque ignoraba el bien. Se le considerará desdichado y casi bastante castigado con odiar á sus semejantes, con no poderlos amar.

La caridad,—esta es la palabra, pues que hay en ella gran tendencia al perdon,—la caridad tiende de una manera evidente á sustituir á la pena; la moral á ocupar aquí el puesto del derecho.

Este hecho produce un sentimiento eminentemente humanitario, y, desde entónces, eminentemente social; un admirable progreso en sustitucion de la ley del amor, de misericordia, de gracia ó la de derecho ó de justicia; más la moral no es, en fin, el derecho, y el derecho es lo que buscamos.

Hay que añadir, que sería muy peligroso, en el estado general de la moralidad pública actual, dar un ámplio y elevado vuelo á los sentimientos generosos; pero preciso es reconocer, sin embargo, que las sublimes utopias de Platon se encuentran tambien en esto realizadas. Este filósofo admirable era ya de opinion que la pena no tiene su razon en el pasado, sino en el porvenir; que es menester castigar, no porque haya habido delito, sino para que no le haya más, por lo ménos de parte del culpable; segun lo cual, la pena no era para Platon, como ya hemos visto, más que un régimen moral, y á este título quería que fuese aceptada como un bien para el culpable (1). El mal físico era un medio de librar del mal moral, el mayor de todos los males.

---

(1) V. tambien sobre la aceptacion de la pena: Klausing. *Diss. de oblig. supplic.*, Witt. 1742;—J.—Joach, Lange *Diss.*, *de oblig. delinquentis ad pœnam corporis.* Hall., 1736;—P. Doernig, *De oblig. deling. ad confess.*

Algunos autores han ido tan léjos en este camino, que han negado que Dios mismo tenga el derecho de castigar sin provecho moral para el malvado (2).

Otros han pensado que la sociedad no tiene este derecho, puesto que no tiene la obligacion de tratar de moralizar al culpable por medio de la pena, y no ven en lo que se llama derecho de castigar más que el derecho de defensa (3).

Volvamos sobre este punto. El mejoramiento del culpable por medio de la pena, puede muy bien ser ambicionado por el legislador; mas no puede ser su principal objeto, por la nueva razon de que no tendrá derecho á castigar al acusado desde el momento en que apareciese arrepentido: toda pena aplicada dejaría de ser legítima en su duracion desde el momento en que hubiese conseguido el cambio moral que es su objeto, y tendría, por el contrario, una eterna razon de ser, mientras no se llegase á este cambio.

Hay más; su intensidad debería aumentarse por la razon misma de su insuficiencia y duracion, á pesar de que ya no hubiese la más ligera agravacion en el delito, á no ser que se prefiriese renunciar absolutamente á la pena como medio reputado impotente para mejorar á un culpable.

Tal es, pues, la alternativa impuesta por la lógica en caso de ineficacia de la pena: ó la impunidad, ó suplicios que podrían ser horribles.

Por otra parte, ¿cómo juzgar de la sinceridad del arrepentimiento? ¿No nos encontraríamos tambien aquí colocados en la triste alternativa, ó de castigar al inocente, ó de dar libertad en mal estado al malvado, despues de haber hecho nacer ó desarrollado en él un vicio más, cual es el de la hipocresía? Hé aquí, pues á dónde conduce el sistema que dá por base *única* á la pena el mejoramiento del culpable.

---

criminum propr. coram magistr. Leips., 1713.—J. — H. Hedinger, *Quæstio an obligatio ad pœnam delictis sit intrinseca*, Giess, 1698;—Mart. Lange, *Diss. de obl. deling, ad sustin pœnas jube divin. et hum. præscrip.*, Leips., 1688;—J.—P. Palthem. *Diss. de oblig.* rei ad. Sanct *pœnalem penamque ipsam*, Goiph., 170-3.

(2) Krug. *Dic. fil.* (al.) art. *Pena.*—Cf. *su derecho natural.*

(3) Romagnosi, *Génesis del derecho penal* (ital.) Dos vol. en 8.° Florencia, 1834, segunda parte, cap. 16 y 18.—V. tambien J.—K. Schmid, *Fundamentos del Derecho penal, Ensayo filosófico-jurídico*, (al.) Augsburgo, 1801.

Ademas, si la sociedad está investida de semejante poder, ¿por qué no extenderlo á las simples faltas, á los simples pecados del mismo modo que á los delitos? ¿Por qué la justicia moral íntegra no había de ser una parte del derecho penal? Sin duda, la pena impuesta mediante buenas razones por actos civilmente reprensibles, puede ser convertida en un tratamiento moral, ora se piense ejercer por ella una especie de retribucion, ora se pretenda procurar pura y simplemente á la sociedad un reposo y una seguridad que tiene el derecho de exigir de parte de todos sus miembros. Mas ¿no sería preciso siempre que hubiese una regla por medio de la cual se determinase la naturaleza y el grado de la pena? Y esta regla ¿puede ser tomada del fin uniforme que se querría entónces alcanzar?

CAPITULO VI.

SI LA PENA TIENE POR OBJETO EXCLUSIVO LA UTILIDAD PRIVADA Y PÚBLICA POR MEDIO DE LA INTIMIDACION, LA PROTECCION DEL DERECHO POR MEDIO DEL SUFRIMIENTO, LA SEGURIDAD, EN UNA PALABRA.

SUMARIO.

1. Nada de derecho sin el derecho de hacerle respetar, sin el derecho de emplear al efecto los medios aprobados por la razon.—2. Distincion entre el derecho de defenderse, de protegerse y el de castigar.—3. El derecho de defensa puede ser infinito, *jus belli est infinitum;* el de la pena finito.—4. Prueba de que el derecho de castigar no tiene su razon única en el derecho de seguridad.—5. Consecuencias inadmisibles del principio de intimidacion como principio único de la pena.—6. La intimidacion es un principio de utilidad, un principio interesado, que conduce al del placer.—Consecuencias.—7. Resúmen de la cuestion.

El derecho de ser y el de poseer—el derecho de propiedad en la acepcion más lata de la palabra—supone necesariamente el de *proteger* lo que nos pertenece, de *defenderlo* contra toda agresion ilegítima, de *prevenir*, dentro de ciertos límites, todo nuevo atentado que á ello pudiese ser dirigido en nuestra persona ó nuestras cosas, y, en fin, el derecho de forzar á la *reparacion* (reintegracion ó compensacion) del perjuicio por nosotros sufrido. Tal es el derecho de hacer respetar el derecho.

Mas aquel que repara el perjuicio por él ocasionado, no es por esto castigado; solamente no daña á otro. La pena es algo más que la reparacion de la injusticia, esto es, la del mal físico, aflictivo dentro de ciertos límites.

Tambien se distingue la accion civil de la criminal: por la primera se reclama la indemnizacion, por la segunda la pena, y frecuentemente se ejercen en concurrencia contra la misma persona con ocasion de un solo y mismo acto.

El derecho de defender nuestro derecho, de rechazar una agresion injusta, de entrar en posesion de lo que nos pertenece ó del equivalente, no es, pues, la pena, áun en el caso

de que la necesidad rigorosa de la defensa entrañase la muerte del agresor.

El derecho de defenderse contra un enemigo, unido al de prevenirle poniéndole en la imposibilidad de dañarnos, mediante la violencia ejercida sobre su persona, se llama propiamente derecho de *coercion;* el de forzarle á la satisfaccion, á la reparacion del mal causado, es propiamente el derecho de *coaccion.* Por la coercion el mal es impedido; por la coaccion reparado.

Por lo demás, esta distincion no es de tal modo rigorosa que una de las palabras no se tome frecuentemente por la otra. Cuando se fuerza á alguno á renunciar á la perpetracion del crímen que había comenzado á ejecutar, se ejerce realmente sobre él una coaccion que no difiere de la coercion, sino por el objeto que se propone, es decir, por una idea. Y del mismo modo, cuando se impide á uno dejar una injusticia sin reparacion, se ejerce una coercion.

Ni la conciencia pública, ni áun la conciencia individual abandonada á su espontaneidad, han confundido jamás el derecho de defensa y el de castigo, que son dos ideas diferentes expresadas por palabras diversas en todas las lenguas algo desarrolladas.

La defensa se dirige contra la amenaza y la tentativa, y acaba con ellas; la pena comienza cuando el delito está iniciado ó consumado.

Convienen todos en que la defensa se ejerce legítimamente por el indivíduo agredido cuando no puede recurrir á la fuerza pública; pero se disputa sobre la cuestion de saber si la pena es ó no de la competencia exclusiva del poder soberano.

El derecho de defensa existe entre iguales; y aun de inferior á superior. Se distingue, en efecto, por lo que respecta á la autoridad, lo que es abuso de poder, *ataque,* de lo que es ejercicio del derecho, la *pena.*

En todo caso, la defensa no puede entenderse de todo sér que tenga el derecho de castigar, y particularmente del sér á quien se cree pertenece realmente el derecho, de Dios. Dios no tiene necesidad de defenderse, pero puede tenerla de castigar. Así es al ménos cómo lo concibe el sentido comun con relacion al hombre.

La eleccion de medios de defensa y la medida de su eficacia depende de las circunstancias exteriores y persona-

les en que se encuentra el que es atacado: es irreprochable, cuando se exagera (sin quererlo) la inminencia y la magnitud del peligro, la debilidad de sus medíos para rechazarle, y se traspase en ella la medida absolutamente necesaria. Le es permitido, por otra parte, recurrir á todos los medios propios para hacer respetar su derecho, con tal que la necesidad le autorice á ello, por insignificante que sea este derecho. No hay en ello medida de la pena como de la defensa: no es un medio que sea preciso acomodar á los obstáculos que haya que vencer, sino un fin determinado por un hecho conocido y á su vez determinado. No se puede ya decir aquí: *Jus belli est infinitum*. Los pueblos se atacan, se hacen la guerra, mas no se castigan, hablando con propiedad, cualquiera que sea, por otra parte, el mal que se hagan

Si la pena no tuviese su razon de ser más que en la seguridad del ofendido, éste tendría siempre el derecho de proporcionarse esta garantía de la manera más completa; pero los medios propios para ponerse al abrigo del peligro, miran al porvenir, mientras que la pena pertenece esencialmente al pasado. Se vuelve á caer, pues, siguiendo esta hipótesis, en el caso de la confusion de la pena del delito con la prevencion (1).

¿Cuál sería, ademas, la razon de castigar á un homicida, sobre todo cuando no fuese ya temible, en la hipótesis, por ejemplo, de que pudiese ser abandonado en una isla? Se sabe, por otra parte, que había una razon partícular para cometer el homicidio de que uno se ha hecho culpable, y que esta razon probablemente no volverá á presentarse jamás, al ménos en lo que á él se refiere, y que, si otros se encuentran en el mismo caso, no serán ya contenidos, segun todas las apariencias, por el ejemplo de la pena impuesta á un atentado semejante. Y en el caso de que se tratase solamente de la seguridad de aquel que ha sido ofendido por un primer delito; ¿con qué derecho se castigaría al culpable si la víctima ha sucumbido? ¡Base singular de la pena aquella que hace lógicamente imposible el castigo del crímen más grave!

¿Con qué derecho, además, se castigaría en este sistema

---

(1) Entiendo por esta palabra, aquí y en muchos lugares, el acto de fortificarse préviamente contra un delito inminente. Esta acepcion y la palabra misma están en el órden natural de las ideas y en el génio de la lengua.

á aquel que se encuentra en la imposibilidad de reincidir, si se ha quedado paralítico, por ejemplo, si ha perdido la inteligencia, si se ha expatriado, ó si está de tal modo enmendado que no inspira ya inquietud alguna? ¿Con qué derecho se castigaría á aquel que fuese incorregible ó considerado como tal?

Si se castiga al culpable para *intimidar* á aquellos que pudiesen caer en la tentacion de imitarle; en otros términos, si la *intimidacion*, la *ejemplaridad*, es toda la razon de la pena, la menor sospecha bastará para autorizar á castigar, y el más alto grado de castigo será lícito, y áun excelente, si por insignificante que sea el delito, la intimidacion se lleva hasta el terror.

Preciso es decir otro tanto de la seguridad pública, como razon exclusiva de la pena. Aun en este caso, la pena no es más que un medio, y un medio nunca es mejor que cuando es el más adecuado para alcanzar el fin á que tiende.

Añadamos á las razones que preceden relativamente á la seguridad individual garantida por la intimidacion,—razones que se aplican igualmente á la garantía de la seguridad pública por los mismos medios,—que la pena sería lógicamente imposible en este último caso, si el crímen fuese tan atroz que causase horror á todos los miembros de una sociedad, y se estuviese moralmente cierto de que ninguno de ellos intentará renovarle; ó tambien si la sociedad se encontrase tan corrompida, ó fuese tan feroz, que el ejemplo no hiciese sobre ella ninguna impresion, ó la sublevase hasta el punto de provocarla á crímenes análogos.

El principio de la intimidacion, considerado en sí mismo, no es, por otra parte, más que un principio de interés, y no de justicia. Todo interés, pues, que se uniese á una pena, podría desde entónces legitimar la eleccion y la extension de esta misma pena. Se podría, por consiguiente, hacer servir á los culpables de diversion á un tirano, ó á un especulador sin entrañas, de pasatiempo á un déspota, ó á la curiosidad de un fisiologista; y se podría satisfacer con sus sufrimientos á un populacho ávido de emociones sanguinarias (1).

---

(1) Preciso es revelarlo en interés de la civilizacion y de la moralidad; se ha visto en nuestros dias un pueblo bastante bárbaro para tratar á un prisionero de guerra como culpable, y para dar con su muerte un espectáculo sobre la escena, á guisa de entremés, prévios anuncios:

¡Qué hombre de nuestros dias, en nuestra civilizada Francia, consentiría que se fundase la pena sobre bases tan arbitrarias, tan irritantes! (1) En resumen:

La pena no cabe en la defensa preventiva ó anticipada, ni en la defensa propiamente dicha. Por de pronto, no es la *prevencion* contra los ataques posibles de parte de personas indeterminadas, prevencion cuyo nombre propio sería *precaucion*, si esta palabra no tuviese una acepcion mucho más lata. Toda pena debe recaer sobre individuos determinados y por un hecho determinado, y por consiguiente consumado.

La prevencion no supone más que un atentado probable ó comenzado; la pena, un delito consumado, ó por lo ménos un principio de ejecucion.

La prevencion mira esencialmente al porvenir; la pena al pasado. La prevencion se dirige contra el culpable posible, futuro y más ó ménos probable; la pena recae sobre un culpable real, actual, cierto.

Si la pena no fuese más que el derecho de prevenir un delito posible con ocasion de uno ya consumado, sería perfecta si alcanzase infaliblemente su objeto. Y como la muerte es el medio más seguro de incapacitar á los malvados para dañar á las gentes honradas, la mejor pena, la única excelente, infalible, sería la pena de muerte.

La bondad de una pena no sería estimada sino con relacion al fin que se quisiese alcanzar al castigar, relativamente á la seguridad individual en general. No habría, pues, ya lugar á distinguir las penas en *justas* é *injustas*, sino solamente en *suficientes* é *insuficientes* (2).

Si la prevencion tiene su razon en un peligro más ó ménos probable, la pena no tiene la suya más que en el delito; la primera cesa con el peligro, mientras que la segunda vuelve á comenzar, por el contrario, despues que el mal ha sobrevenido.

---

este pueblo es el de Buenos-Aires.— *Rev. de der. ant.* 849, p. 68.

(1) Cf. sobre el derecho de prevenir una lesion á nuestros derechos amenazados, es decir, sobre el derecho de defensa en general, bajo el aspecto internacional, Rosmini, *Filosofía del derecho*, I, c. 4, p. 695 y siguientes.

(2) Lo mismo sucede con todas las teorías penales que atribuyen á la pena un fin que conseguir, que hacen de ella un medio; todas están expuestas á ser inconsecuentes, inútiles ó exageradas.—V. Hartenstein *Bosquejo fundamental de las ciencias morales*, Leips, 1844 (ale).

CAPITULO VII.

SI LA PENA CONSISTE EN LA RETRIBUCION PROPORCIONAL DEL MAL FÍSICO Ó AFECTIVO POR EL MAL FÍSICO.

SUMARIO.

1. El principio de reciprocidad ó de justicia conmutativa, es el fundamento de esta base de la penalidad.—2. Está de acuerdo con las máximas más antiguas y más universalmente admitidas.—3. Lo está igualmente con la conciencia del género humano, y con la de los malhechores mismos.—4. Diferencia entre este principio y el del Talion brutal.—5. El Talion inteligente y justo está fundado en la analogía y la proporcion, y no en la igualdad absoluta, aparente y objetiva.—6. Dos especies de analogías en las leyes penales.—7. Falsa analogía de la Oulogenia.—8. Condicion para que la verdadera analogía sea respetada.—9. La justa reciprocidad de la pena no entraña la necesidad de la aplicacion; esta justicia es un límite que no se puede traspasar, pero al que es posible aproximarse más ó ménos, á voluntad.—10. Remision posible de toda la pena justa, ó de una parte de ella.—11. El principio del Talion rectamente entendido, no es más que el de la reciprocidad ó la justicia conmutativa y tambien de la distributiva; principio supremo de toda justicia.—12. Los criminalistas más autorizados se inclinan mucho à esta opinion.—13. Los sabios de la antigüedad habían comprendido ya el principio de la reciprocidad en materia criminal, tal como debe ser comprendido.—14. Resúmen de la cuestion.—El derecho de castigar no existe, hablando propiamente, para el hombre, sino el derecho de defensa, que á veces va más allá que el de castigar.—Este puede moderar el primero y servirle de regla.—En todo caso tiene su límite marcado por el del delito.—Utilidad del principio de la reciprocidad en la hipótesis aún admitida del derecho de castigar, que no es más que el derecho de venganza sometido á una regla, la de la justicia absoluta.

Es incuestionable que hay equidad, justicia igual absoluta en hacer extensiva á un agente que sabe y quiere lo que hace, en la medida en que lo sabe y quiere, la regla de conducta que se ha formado, aunque no haya sido más que una vez, respecto de uno de sus semejantes. De aquí esta máxima, tan antigua como el mundo: no hagas á otro lo que no quieras para tí, la cual no sólo se encuentra en el libro por excelencia de los cristianos, sino tambien en Pitágoras, en Confucio y en todos los pensadores que

han hecho descansar la justicia en el principio de la igualdad (1). Se la vuelve á encontrar tambien, más ó ménos claramente concebida, en el espíritu y el corazon de todos los hombres. Cain, el primer homicida, es tambien el primero que ha reconocido y proclamado el principio de la retribucion del mal por el mal, la igualdad. Su condena por sí mismo es muy notable, porque no se hace esperar un instante. El diálogo entre Dios y Cain, es de la más alta significacion, cualquiera que sea la opinion que, por otra parte, se tenga acerca del carácter divinamente inspirado ó no del libro de Moisés, siendo difícil en todo caso no ver en él una inspiracion natural, profunda, una admirable expresion de la naturaleza moral de la humanidad. Escuchémosle:

«¿Qué has hecho, dice Dios á Cain? La sangre de tu hermano grita de la tierra hasta mí.

»Serás, pues, maldito sobre la tierra, que se ha abierto y recibido la sangre de tu hermano, derramada por tu mano.

»En vano la cultivarás; pues te rehusará sus frutos. Andarás errante y vagabundo sobre la tierra.

»Cain dice á Dios: mi iniquidad es muy grande para que yo pueda ser perdonado.

»Hé aquí, pues, que hoy vos me perseguireis en todos los lugares de la tierra, y que me será preciso en todas partes ocultarme á vuestras miradas, y andaré errante y vagabundo sobre la tierra: *cualquiera, pues, que me encuentre me matará*! OMNIS IGITUR QUI INVENIET ME OCCIDET ME.» (*Génesis*, IV, 10-14).

Cain ha comprendido que merece la muerte, pues que la ha causado ¡Habla del derecho IGITUR! Aquí está el grito de la conciencia humana (2). Así pues, se ven muchos ho-

---

(1) Αρθμὸς ἰσάκις ἴσος; *Arist.*, *Mag. Mor*, l. 1. Cf. II, 6.º V. 5; *Diog*, *Laert*, VIII, 33; Jambl. *Vita Pith*, c. XXX, sec. 167.

(2) Los Setenta dicen: Κὰι ἔσται, πᾶς ὀ εὑρισχπαν με, ἀποκτενει με: Et êrit omnis qui invenerit me occidet me. Las palabras καὶ ἔσταί expresan la misma idea de necesidad jurídica que la palabra *igitur* de la Vulgata.

No se podría deducir de aquí que la Escritura condene la pena de muerte; una multitud de textos probarían lo contrario.

Hé aquí dos solamente: «de cualquiera que haya derramado sangre humana, su sangre será derramada; porque el hombre ha sido hecho á imágen de Dios.» (*Nomb.* IX, 16). «No se admitirá á compensacion aquel que se haya hecho culpable de homicidio: que muera el mismo inmediatamente (*Nomb.* XXXV. 31.)

micidas no solamente sienten la justicia de la sentencia capital que les alcanza, sino que la sufren con una especie de satisfaccion, penetrados de que la idea de la justicia se cumple en ellos, y que el desórden moral se repara, sobre todo, cuando la pena es aceptada con resignacion, con intencion, con una especie de amor á la justicia absoluta. Así es como Platon, en las páginas sublimes del *Gorgias,* concibe la aceptacion moral de la pena.

No es esto todo; esta admirable escena nos representa ademas dos cosas del más alto interés: la proteccion debida al culpable mismo contra todo movimiento desordenado de venganza, y la remision por el que tiene el derecho de castigar de toda la pena ó de una parte de la pena merecida; es decir, la moral, la generosidad poniéndose en lugar del derecho ó de la justicia absoluta.

«Y Dios le dice: no será así: cualquiera que matare á Cain será muy severamente castigado. Y Dios puso un signo á Cain, por temor de que fuese muerto por el que le encontrare. *(Ibid.,* 16).»

El sistema penal que tiene por base la retribucion del mal físico por el mal físico calculado segun la justicia ó igualdad, es el más antiguo de todos, pues que la venganza no es una base, un principio de penalidad, y en el ejercicio de la venganza se muestra ya cierta necesidad de justicia ó de medida. El principio de la justa reciprocidad no ha sido concebido desde luego más que como un principio de igualdad material absoluta; es el Talion brutal, irracional, injusto en su igualdad misma. Más tarde no ha sido ya más que la analogía en las penas; pero esta misma analogía ha carecido frecuentemente de medida. La moral ha sido más de una vez ultrajada en este sistema penal. No se ha comprendido suficientemente que el respeto á la justicia no puede excluir el de las costumbres. Se ha olvidado igualmente que la analogía no es más que una conveniencia en la eleccion de las penas, mientras que la medida es una necesidad; siendo sobre todo en la medida en lo que consiste la justicia. Hay más: la razon más poderosa en favor de la analogía, es la facilidad misma que da de proporcionar la pena al delito; porque, en efecto, se trata entonces de cosas de la misma naturaleza, fácilmente comparables, y de las cuales los límites de la una asignan los de la otra.

Por lo demás, hay dos especies de analogías en las leyes

penales: una que consiste en ciertas semejanzas entre el delito y la naturaleza del mal que se hace sufrir, y otra en hacer sufrir al culpable por donde ha pecado, aunque no de la misma manera. Esta última analogía es mucho más errónea que la primera, tanto en cuanto á la naturaleza, como en cuanto al grado de la pena; y puede conducir, como en la India, en China y en otras partes, á castigar al ladron con la pérdida de la mano. En virtud de esta analogía, el parricida tenía hace poco entre nosotros la pena de serle cortada la mano. Los autores del Código de 1810 sospechaban poco, sin duda, que seguían en esto el principio del Talion.

Entre las legislaciones modernas, la de Rusia, conocida con el nombre de Oulogenia, y debida al padre de Pedro el Grande, es notable sobre todo por esta falsa analogia. Los monederos falsos,—tambien por otra especie de analogía,—son condenados á recibir en la boca metal fundido; los incendiarios son entregados á las llamas; la importacion fraudulenta del tabaco es castigada con la hendidura de la nariz, y con la pérdida de ésta, segun el número de reincidencias; los ultrajes corporales (golpes, heridas) con la pena del Talion propiamente dicha, más una indemnizacion de cincuenta rublos por cada miembro cortado ó mutilado (1).

Hay algo más que hacer aún para aplicar sábiamente la pena, segun el principio de la analogía: menester es comparar entre sí, no solamente la pena y el delito, sino las personas y su posicion respectiva. Atenerse en ello á la igualdad absoluta misma, es desconocer tambien la verdadera justicia. El rico que roba al pobre, no sería castigado convenientemente sino lo fuese más que en el doble; la pena que sufriese en este concepto podría ser muy inferior al dolor, al perjuicio que habría ocasionado.

¡Cuántas consideraciones, sacadas de las circunstancias agravantes ó atenuantes, pueden ademas modificar la igualdad absoluta del Talion!

Preciso es no olvidar tampoco, que aunque el Talion proporcional fuese la justa medida de la pena posible, siempre que pueda tener lugar de otro modo, no hay necesidad moral de castigar con este rigor extremo. Téngase

---

(1) *Hist. gen. del siglo XVIII*, por M. Rayon, p. 330.

muy en cuenta que es necesario, que el interés público lo exija; la justicia lo permite, más no lo exige (1), lo que quiere es que no se traspase tal medida. La justicia es, pues, aquí un límite, más bien que un motivo; es un principio negativo, más bien que positivo; pero por negativo que sea, su importancia es extrema, y la mayor parte de las legislaciones la han desconocido.

Como se ve, el Talion, á pesar de todos los justos reproches dirigidos contra este principio, tal cual generalmente ha sido aplicado, no es en el fondo más que la igualdad, la reciprocidad, la nocion fundamental de toda justicia criminal. Esta nocion tiene, por otra parte, la triple ventaja de recordar la igualdad humana; de asociar más íntimamente, con la ayuda de la analogía, la idea de la pena á la del delito, y por último, la de ser esencialmente popular.

La reciprocidad en materia criminal, no es en sí misma más que la consecuencia del principio supremo de todas nuestras acciones sociales, principio que Kant ha formulado como sigue: «Obra de tal suerte, que la regla de tus acciones pueda ser erigida en ley general (2).» Aquí, pues, el delincuente no tiene el derecho de quejarse de que su máxima sea generalizada de manera que le alcance; sino que por el mero hecho de haber creido poder permitirse tal ó cual acto con respecto á séres de la misma *naturaleza* que él, con el mismo *destino* y los mismos *derechos*, no puede evidentemente encontrar mal que semejante tratamiento le sea apllcado.

Así, no dudamos en creer que no hay otro sistema penal fundado en derecho estricto que el de la reciprocidad (3), única regla de la justicia distributiva en materia criminal: todo lo demás es, ó arbitrario ó estraño á la nocion del derecho, nocion que es el principio supremo de la ciencia de las relaciones jurídicas, de la accion y reaccion ecualitarias entre los hombres.

Esta opinion dista mucho de hallarse abandonada: los espíritus eminentes que han reflexionado sobre esta grave

---

(1) Muchos filósofos de la antigüedad se habian apercibido ya de ello. V. Grocio, II, 20, § 36.
(2) *Pricipios metaf. de la moral*, de nuestra trad., p. 27.
(3) Lo cual no quiere decir del todo que la sociedad esté obligada á *aplicarle*, sino solamente que lo está á *respetarle* sin traspasarle jamás; observacion muy importante.

cuestion, á pesar de reconocer, ora sus dificultades, y áun á veces sus imposibilidades físicas ó morales en la aplicacion, ora tambien la conveniencia, la utilidad de apartarse más ó ménos de la severidad del derecho,—utilidad y conveniencia que están en armonía con la dulzura de las leyes modernas;—estos hombres reconocen, no obstante, que la razon y la base de la pena están en el gran principio de la igualdad. Sin hablar de las leyes de Moisés (1), de Solon, de la ley de las Doce Tablas y de otras grandes instituciones que parece han admitido el Talion absoluto con más ó ménos rigor, haremos solamente notar que los pitagóricos, segun Aristóteles (2), que Aristóteles mismo (3), Bodin (4), Montesquieu (5), Genovesi (6), Kant (7), Beck (8), Rotteck (9), Hegel (10), Bentham (11), Rossi (12), y muchos otros que se podría citar además (13), se han pronunciado más ó ménos en favor de una retribucion penal que tenga su razon y su medida en el gran principio de la igualdad.

No hay duda que esta igualdad no siempre es posible, sino que frecuentemente sería injusta ó inmoral, si fuese aplicada judáicamente sin inteligencia y sin pudor; mas se incurriría en error al pensar que esta espiritualidad en la reciprocidad entre el delito y la pena, es un gran descubrimiento de nuestros dias: los antiguos habían comprendido ya muybien lo que en ella habría de absurdo, inmoral, iní-

---

(1) Si el Evangelio ha rechazado el Talion, esto ni es en derecho, ni de una manera absoluta. Por de pronto, no es en derecho, sino en moral y en las relaciones de hombre á hombre. (Matth, v. 26;—*Apoc.*, XXI, 27; XXII, 12.)

(2) *Moral*, v. 5.

(3) *Ibid.*

(4) *República*, VI.

(5) *Espíritu de las leyes*, I, 1.

(6) *Della Diceosine*, Venecia, 1799 (ital).), lib. I, c. 19, § 6-11; II, 7, § 13-23.

(7) *Principios metafísicos del derecho*, de nuestra traduccion, página 199 y sigts.

(8) *Principios de Legislacion*, b. 761, 1806 (ale.)

(9) *Manual de der. nat.*, t. I, p. 257.—Stuttg, 1829 (ale.)

(10) Obras comp., t. VIII, *Fil. del der.*, p. 141, y *Porped fil.*, Obras Comp., t. XVIII, p. 46 y 47 (ale.)

(11) *Teoría de las penas*, t. I, p. 59-72. Es ménos favorable al Talion propiamente dicho que al Lalion analógico. (*Ibid*, p. 73-77.)

(12) *Tratado del der. pen.*, t. I, p. 280 y 281.

(13) Séame permitido recordar solamente algunas líneas de uno de nuestros procuradores generales más distinguidos:

«Si se quiere que la pena este en armonía con los delitos y que el

cuo y cruel, ateniéndose á una semejanza rigorosa (1), frecuentemente errónea y falsa. Aquí se puede decir tambien que la igualdad absoluta y brutal sería una profunda desigualdad; que hay numerosas circunstancias que examinar, circunstancias que trasforman frecuentemente la igualdad absoluta en igualdad proporcional, única equitativa, puesto que es entonces la única verdadera. Trátase más bien de cierta analogía entre el mal ocasionado por el delincuente y el que se le hace padecer á título de pena; de cierta proporcion entre el grado del uno y el del otro, que de una semejanza é igualdad rigorosas (2). Esta semejanza sería el aspecto judáico del Talion, aspecto absurdo, literal y farisaico, que no podrian condenarse nunca lo bastante. Se puede ver sobre esta cuestion las razones concluyentes de Kant, razones que Hegel se limita á reproducir; solamente que este último filósofo ha hecho resaltar ademas la semejanza y las diferencias que existen entre la pena y la venganza.

Nada, pues, más claro, más incontestable, más universalmente sentido y concebido que la verdad de esta proposicion: «las acciones de un sér racional deben ejecutarse en nombre de un principio, y este principio debe ser comun á todos los hombres colocados en las mismas circunstancias en que se encuentra el agente.» Sin esta reciprocidad posible, pondríase uno fuera de la ley comun, cada cual obra-

---

principio de la igualdad proporcional presida á la distribucion de la justicia penal; si se quiere, en fin, excluir de los Códigos criminales la arbitriedad ó su imágen, es preciso determinarse, más ó ménos, sobre una especie de talion.

»Lo que hay de vituperable en este sistema penal es no tomar en consideracion más que el acto exterior, descuidar la intencion, atenerse á la letra del sistema más bien que seguir su espíritu. Lo que, por el contrario, hay de admirable en el Talion, es que tiene por resultado grabar más facilmente la pena en el espíritu de los hombres, herir más vivamente su imaginacion por la semejanza del castigo con el carácter del delito, y responder por lo mismo á esta tendencia del nuevo espíritu hácia la analogía de la pena con el delito, tendencia que tuvo en otro tiempo tan grandes y con frecuencia funestos efectos.

»En la antigüedad, los decemviros romanos, Moisés, Pitágoras y Solon, y en los tiempos modernos Kant, Bentham y Filangieri han prescrito ó recomendado el Talion, ora como principio general, ora como adaptándose muy bien á algunos casos particulares, y como pudiendo convenir, bajo esta última relacion, á los pueblos que ya han llegado á un alto grado de civilizacion.» (M. Chassan, *Rer. ext. y franc. de leg.* t. X, p. 923 y sigs.)

(1) Aul. Gelio, *Noches Aticas*, XX, c, 14, s. 37. Cf. XVI, 10, 8.

(2) *Bodin Rep.*, VI.

ría por sí á su manera, se olvidaría la igualdad humana, se colocaría uno en una sociedad ideal, en la que cada cual se haría á sí mismo la ley, arbitraria y parcialmente.

Preciso es reconocer, por otra parte, que la reciprocidad perfecta no es más que un ideal que sólo Dios puede realizar perfectamente, y que la sociedad no está obligada á hacer reinar la justicia absoluta, ó la justicia por la justicia sobre la tierra, sino que solamente tiene el derecho de defenderse por medio de la pena en una medida justa ó permanecer sometida á esta medida. La pena es una especie de deuda de que el paciente y la sociedad son los acreedores, deuda que ni el uno ni la otra tienen el derecho de perdonar, en parte al ménos. La moral, la moderacion de las cos tumbres, aconsejan de consuno este perdon.

La justicia penal no es, pues, más que una regla, una medida y un medio, cuyo fin es la conservacion de los indivíduos y de la sociedad. Esta manera de considerar la pena no está ménos conforme con la Escritura, que hace decir á Dios: «La venganza me pertenece, y yo vengaré,» que con la filosofía.

En resúmen: hablamos de la legitimidad de la pena, ó del derecho de castigar; se trata del derecho de conservacion por medio de la pena; la eleccion, del mismo modo que la medida de la pena, no tiene su regla sino en el principio de reciprocidad, principio que es el de la justicia conmutativa en todas las cosas, y que se aplica igualmente á la justicia distributiva, puesto que cada cual sólo debería recibir del príncipe ó del Estado en razon de su mérito y de sus servicios; principio que domina, por consiguiente, el derecho criminal, el civil, el administrativo y el público. Mas la naturaleza de las cosas, la impotencia del hombre ó la moral, no permiten siempre que la pena sea precisamente de la misma naturaleza que el sufrimiento ocasionado por el delito; lo cual hace, por otra parte, más difícil de determinar la medida de la pena, siendo preciso entonces, para tener una regla, entregarse á analogías más ó ménos disemejantes, y en defecto de estas analogías, recurrir á las compensaciones. Mas se sabe que cuanto más se aparta uno de este modo de la semejanza—que hace fácil la comparacion entre el mal físico ocasionado á título de delito y el que puede ser aplicado en concepto de pena—tanto más difícil es de determinar la medida de la pena,

siendo necesaria gran circunspeccion para no traspasarla; cuanto más pierde la pena su carácter de justicia absoluta, tanto más necesario es tambien dejar de sustituirla por medios de coercion y de coaccion, es decir, medios de simple defensa, sin objeto de intimidar, ni aun de retribuir el mal físico por el mal moral, que es lo que constituye la venganza en la medida del principio de reciprocidad.

En resúmen: si la sociedad no tiene mision ni poder para hacer reinar la justicia absoluta por sí misma en materia criminal, tampoco tiene el derecho de castigar, sino únicamente el de conservarse á sí misma y á sus miembros por los medios que juzgue necesarios. Y como el derecho de defensa, considerado de este modo es indefinido se comprende cómo la sociedad y los particulares están á veces excusados, por protejerse por medios que traspasan la medida permitida bajo el punto de vista de la penalidad. Pero en general, cuanto más sólidamente constituida esté una sociedad, más avanzada sea su civilizacion y más sanas sean sus costumbres, tanto más dulces pueden ser tambien las leyes penales, y permanecer en sus medios de defensa bajo el nivel que la justicia penal absoluta parezca exigir. Por el contrario, en las sociedades en que las costumbres son duras, feroces ó se hallan relajadas, donde la autoridad pública es débil, dichas leyes se creen frecuentemente obligadas, para protejer eficazmente la cosa pública ó los particulares,—á recurrir á medidas extremas. Pero como estos excesos pueden no tener su razon más que en errores imaginarios; como producen frecuentemente un efecto contrario al que se quiere obtener, puesto que exaltan los espíritus y hacen más feroces aún las costumbres; como, por otra parte, los pueblos civilizados no renunciarán desde luego á la idea de que las sociedades humanas tienen el derecho y la mision de hacer reinar la justicia penal, de castigar, en una palabra, bueno es recordar á todos que este derecho, así como el de la defensa, no pueden justa ó útilmente traspasar la medida establecida por el principio de reciprocidad (1).

(1) Cf. sobre esta materia: A.—J. Van Deinse, *De pœna talionis ap. varias gentes prœsertim ap. rom.*, L. Bat 1822; Saint-Edme, *Dic. de la penalidad;* Panthier *Libros sagrados del Oriente*, p. 520; Du Boys, *Historia del derecho criminal en los pueblos modernos*, p. 267 y siguientes, Dumas, *Usos y costumbres* de Argelia, p. 198.

CAPITULO VIII.

PARALELO ENTRE EL SISTEMA DE LA EXPIACION Y EL DE LA RECIPROCIDAD.

SUMARIO.

1. Estos dos sistemas están en oposicion en el estado actual de la ciencia.—2. Oscuridad, inconveniencia, injusticia y falsedad del uno; claridad, utilidad, justicia y verdad del otro.—3. Carácter racional y científico de éste; carácter místico y sentimental de aquél.—4. El uno es negativo, limitativo; el otro positivo, indefinido.—5. El uno conduce á la justicia; el otro al fanatismo.—6. El uno, á pesar de su aparente severidad, deja libre curso á la indulgencia; el otro, en su oscuridad mística, es despiadado ó conduce á sacrificar la justicia á la supersticion.—7. etc., etc.

Acabamos de dar á conocer separadamente los dos sistemas, que parecen disputarse en la actualidad, en el espíritu de los hombres más competentes: la autoridad de un principio de filosofía penal. Trátase ahora de colocar el uno frente al otro, bajo sus principales aspectos, para hacer resaltar mejor sus diferencias, y poner al lector mismo en condiciones de decidir entre las opiniones contrarias.

El principio de la expiacion, ademas de ser más bien moral que jurídico, y de carácter místico, dista mucho de ser de una perfecta evidencia: préstase á objeciones muy sérias, áun no considerándole más que bajo su aspecto más natural, es decir, bajo el punto de vista de la justicia absoluta, del órden moral ó con relacion á Dios. Hemos visto que se oscurece hasta el punto mismo de llegar á ser poco concebible de parte de un sér omnipotente y absolutamente bueno.

El principio de la reciprocidad, por el contrario, está exento de toda dificultad teológica; no conviene más que á las relaciones de hombre á hombre, relaciones que se determinan con arreglo al hecho cierto de la identidad de la naturaleza humana.

Este principio, es pues, verdaderamente uno, mientras

que el de la expiacion tiene necesidad de pruebas, pudiéndose pedir al ménos la de que no puede ni debe tener ninguna, y que es un principio verdadero.

¿Qué es, por el contrario, la reciprocidad sino la igualdad y la justicia? Y la justicia ¿es otra cosa que la igualdad absoluta ó proporcional, segun las circunstancias? Pedir una prueba del principio de la reciprocidad, sería, pues, pedir que se probase que la justicia es justa.

Ademas, este principio es lo que debe ser para una ciencia de ideas puras, tal como la ciencia del derecho; para una ciencia verdadera: es *à priori, racional;* es, como ya hemos dicho, *jurídico.*

Es ademas *negativo,* en el sentido de que no impone la pena como el principio de la necesidad de la expiacion; solamente la *permite;* deja la facilidad de remitirla, de perdonarla, de rebajarla, por lo cual se concilia eminentemente con la moral.

Por lo demás, puesto que es negativo, exige, para ser aplicado, motivos de accion que domina, esclarece y contiene. Estos motivos son precisamente lo que en los diversos tiempos se ha tratado de dar como principio del derecho penal, es decir: 1.° la defensa directa ó indirecta y preventiva, y por consiguiente, la seguridad de indivíduos determinados ó de la sociedad en general, y tambien, por consiguiente, la ejemplaridad; 2.° la enmienda del culpable; 3.° su colocacion fuera del derecho; 4.° la justicia de la venganza; 5.° la satisfaccion de la conciencia pública, y 6.° la de la justicia absoluta.

Mas la accion de estos motivos está circunscrita por nuestro principio de tal manera, que si se le quiere tener en cuenta, como se debe, no se traspasará el límite de la justicia, y se tendrá la facultad de permanecer dentro de él para estar bien seguro de no franquearle.

Se conseguirá tambien, si se quiere no faltar á la humanidad, no aplicar la pena, ni áun en un grado, inferior á lo que permite la justicia, á no ser que se tenga un interés material ó moral en hacerlo. De esta manera, el interés en castigar, ó el motivo que se podría tener para ello, se encuentra subordinado á la justa reciprocidad, en lo que se refiere á la existencia, la naturaleza y el *máximum* de la pena, mientras que el ejercicio del derecho de castigar se halla subordinado al motivo interesado que á su vez la sociedad

puede tener de castigar. Así es que la ofensa directa ó indirecta, la seguridad particular ó pública, y la ejemplaridad que está destinada á asegurarla, serán siempre restringidas por la naturaleza y la medida del delito, por la estricta obligacion de no traspasar el delito por la pena, cualquiera que sea la ventaja que se pueda esperar de ello, porque de otro modo se saldría de la reciprocidad.

En este caso jamás se sacrificará la justicia penal á la enmienda del culpable, sino que podrá ejercitarse solamente de manera que se obtenga este fin indirecto de la pena, sin poder, por lo demás, recurrir, al efecto, á medios reprobados por la justa reciprocidad, por la justicia, en una palabra.

Si el culpable es colocado fuera del derecho, esto no es más que en apariencia; el derecho es el que, por el contrario, quiere que aquél sea tratado como él ha tratado á sus semejantes. Más aún, suponiendo que sea colocado fuera del derecho comun, ó más bien, que sea abandonado en la posicion jurídica que el mismo se ha creado, no será mantenido en ella más que en el caso y medida determinados por su delito ó su crímen.

La venganza se encontrará igualmente encerrada en los justos límites; y esta doble justicia, en la materia y en el límite de la pena, es lo único adecuado para satisfacer la conciencia pública y restablecer el órden jurídico absoluto.

CAPITULO IX.

CONCLUSION SOBRE LA NATURALEZA Y EL FIN DE LA PENA.

SUMARIO.

1. En qué consiste esencialmente la pena.—2. Sobre qué se está acuerdo en todo lo que precede.—3. Hay algo de verdad en todas las opiniones sobre este punto.—4. Prueba.—5. Cierta dulzura en las penas es más útil que la extrema severidad.—6. Fin moral compatible con el jurídico.—7. La cualidad de la pena y su grado están indicados por la naturaleza y la medida del delito.—8. Si el culpable es castigado porque ha delinquido, y si *puede* serlo en toda la extension de su crímen, no lo es, sin embargo, *necesariamente*.—9. Fórmula del principio supremo y completo de la pena.—10. Resúmen esencial y que acaba de dilucidar la cuestion del fundamento del derecho de castigar.

En todo lo que precede no se está de acuerdo más que sobre una sola cosa, á saber, en que debe aplicarse un sufrimiento al culpable. Mas desde el momento en que se pregunta por qué razon y con qué fin cesa el acuerdo: los unos quieren que sea por la única razon de que ha habido delito; otros solamente porque debe prevenirse el delito, ora en el culpable, ora en aquellos que pudieran verse expuestos á la misma tentacion; otros admiten este doble motivo.

Tambien hay desacuerdo en cuanto á la cuestion del porvenir. ¿Por qué el porvenir? ¿Por qué el pasado y el porvenir á la vez?

Preciso es, sin embargo, reconocer que hay algo de verdad en todas las opiniones, puesto que todas tienen cierta razon de ser, ora en nuestros instintos apasionados, ora en nuestra conciencia.

Así, los que quieren que la pena tenga por fin calmar el resentimiento de aquel que ha sido víctima el delito, se fundan en la pasion demasiado real de la venganza, pasion que se ha supuesto hasta en los muertos. De aquí la costumbre de apaciguar á los manes de aquellos que habían dejado injustamente de vivir.

No es ménos real ni ménos imperiosa á veces la venganza pública.

Esta doble satisfaccion es tan necesaria, en general, que si no se hubiese realizado, la perturbacion, el desórden sería inminente. Cada cual querría vengarse por su propia cuenta; la conciencia pública podría sublevarse; y por haber dejado sin castigo al culpable, se le habría entregado al furor del pueblo. El interés privado del delincuente y el del órden público exigen, pues, que se dé cierta satisfaccion al sentimiento de la venganza.

Hay ademas en el hombre que no ha reflexionado largo tiempo y profundamente sobre la base de la pena, sobre su naturaleza y su verdadero carácter jurídico y moral, el sentimiento vago y confuso de que el mal moral puede y debe ser reparado por el mal físico, sentimiento que toca muy de cerca al del mérito y demérito, y que podría tener muy bien su razon secreta, en parte en la nocion de la justicia en materia penal, y en parte en el sentimiento simpático ó antipático del reconocimiento y de la venganza. Este oscuro y sombrío motivo de la pena se llama expiacion, que la justicia penal tambien satisface.

La expiacion tiene ya alguno mucho más puro, ménos personal y ménos interesado que la venganza; elévase, ya del sentimiento á la idea, ya de la pasion á la justicia, á la moralidad misma, de lo subjetivo á lo objetivo, y de lo relativo á lo absoluto.

Toma en muy alto grado este último carácter en el espíritu de aquellos que creen ver en el fondo de la conciencia humana la proclamacion de la necesidad absoluta del mal físico como consecuencia del mal moral. Esta conviccion dá orígen á un sistema despiadado en que el hombre y sus miserias desaparecen para no dejar percibir ya más que una conexion necesaria, imperiosa, entre el delito y la pena, y se exalta sobre todo hasta el fanatismo más impío, más cruel en aquellos que hacen consistir la esencia del mal en una ofensa á la Divinidad, y erigen el castigo en una especie de culto obligado de parte de los hombres, y sobre todo de los poderes públicos. Las leyes penales toman entónces un carácter teocrático, y llegan á ser terribles, como el móvil que las inspira.

Hay, en efecto, una conexion necesaria entre el delito y el castigo; mas no entre el mal moral y el mal físico, sino entre el mal físico que constituye el delito y el que constituye la pena; pero aunque la conexion exista, y por justa que

ésta sea, no es obligatoria. La sociedad *puede* devolver el mal por el mal, en lo cual no hay nada que no sea merecido, nada que no sea el *derecho* de la sociedad, el derecho mismo del indivíduo, un derecho que le pertenece inmediatamente, y del cual la sociedad no es más que la depositaria y dispensadora. Ahora bien; de este derecho, como de todos los demás, el indivíduo y la sociedad pueden renunciar; se puede disponer de él, ejercitarle, remitiéndole, sin embargo, en un grado cualquiera.

¿Qué hay, pues, aquí de absoluto? No existe, por tanto, la necesidad jurídica de castigar, como se cree en el sistema precedente; no existe, en otros términos, el *deber*, sino el derecho de castigar, y el *merecimiento* de ser castigado.

¿Qué hay aquí de imperativo? ¿Es cómo se piensa en el sistema que precede, el castigo mismo? De ningun modo; es sólo límite en la pena, la cual *no debe* traspasar el de la culpabilidad, sino que *debe ser* proporcionada á ésta, desde el momento en que nada se quiere remitir de ella. Castigar fuera de esta medida es castigar á un inocente en un culpable.

Fácil es ahora notar la ilusion del sistema que precede; mas el error no es en él completo, puesto que hay realmente en la pena algo de categórico y absoluto. Este sistema no es, pues, enteramente falso; se encuentra además en ciertos respectos fundado en la razon; más el que acaba de ocuparnos es completamente verdadero, por más que no responda enteramente á todos los fines que se puede legítimamente proponer el que castiga.

En el número de estos fines, preciso es contar tambien el interés público procurado por medio de la intimidacion. La pena tiene naturalmente por efecto impedir las reincidencias y contener las malas intenciones; pero es evidente que este efecto no debe ser procurado sino por medios aprobados por la justicia; es decir, por la justa cualidad y el justo grado de la pena.

El procurar la utilidad en la pena no está, pues, ménos subordinado á la justicia que la expiacion (que es una especie de venganza arbitraria y absoluta), y que la venganza pública ó privada.

Preciso es notar, finalmente, que no es la severidad de las penas la que dulcifica las costumbres y hace á los hombres mejores para con sus semejantes: la pena ágrea, indis-

pone y subleva al hombre; le hace insensible á los males de sus semejantes, enemigo, envidioso del bien de otro, y, por consiguiente, le dispone á hacer el mal. Un dolor indefinido en intensidad y sin fin acabaría por hacer á aquél que le sufre esencialmente malo; mas esta maldad no podría, sin un horrible círculo vicioso, motivar la severidad y la continuidad de la pena.

Desde hace mucho tiempo los filósofos habían notado que la dulzura vale más que la severidad; habíales conducido á estas profundas reflexiones la observacion de los animales y de los niños; la de sus disposiciones personales; la comparacion de las diversas costumbres y legislaciones. Séneca ha escrito párrafos admirables sobre esta materia (1).

Montesquieu había notado tambien que la ferocidad de las costumbres japonesas podría muy bien ser debida á la de la legislacion penal del país, y que el medio de dulcificarlas sería hacer las penas más dulces, léjos de agravarlas.

Otra razon que milita en favor de la dulzura de las penas, tanto en interés público como en el del culpable, es que somos impulsados á aborrecer todo aquello que ha sido ocasion de nuestros sufrimientos, y por consiguiente la justicia, los deberes á que hemos faltado: cuanto más se traspasa la justa medida al castigar al culpable, tanto más se le endurece y deprava.

Una estadística reciente viene tambien en apoyo de esta proposicion. En Inglaterra, la disminucion del número de los crímenes coincidió con la de la severidad de las penas. Los condenados á muerte fueron 97 en 1843, 57 en 1844, y solamente 49 en 1845; y esto, á pesar del gran aumento

(1) «Transeamus ad alienas injurias; in quibus vindicandis hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque sequi debet: aut ut eum, quem punit, emendet, aut ut pœna ejus ceteros meliores reddat; aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant. Ipsos facilíus emendabis minore pœna: diligentius enim vivit, cui aliquid integri superest. Nemo dignitati perditæ parcit: impunitatis genus est, jam non habere pœnæ locum. Civitatis autem mores magis corrigit parcitas animadversionum: facit enim consuetudinem peccandi multitudo peccantium: et minus gravis nota est quam turba damnatorum levat; et severítas, quod maximum remedium habet, assiduitate amittit auctoritatem. Constituit bonos mores civitati princeps, et vitia eruit, si patiens eorum est, non tanquam probet, sed tanquam invitus, et cum magno tormento ad castigandum veniat. Verecundia poeccandi facit ipsa clementia regentis. Gravior multa pœna videtur, quæ a miti viro constituitor.» (*De Clement.*, I, 22.)

de la poblacion, y sin que las leyes relativas al procedimiento criminal, del mismo modo que las penales, hayan sido modificadas (1).

La enmienda del culpable es un fin moral que la justicia prohibe y que la moral y el interés público ordenan de consuno; pero sería brutal, torpe ó injusto en querer obtenerla por medio de la pena, por el mero sufrimiento, más bien que por la manera de ser impuesta esta pena. Es, pues, un grave error el de cierto criminalista aleman que no ve otra justa medida en la pena que su misma suficiencia para hacer nacer la enmienda del culpable, y se imagina que cuanto más rigorosa es la pena, tanto más adecuada es para producir este efecto. Y el medio de saber ¿cuándo se habrá producido realmente?

Concluimos diciendo, por el contrario, que la cualidad de la pena está indicada por la naturaleza del delito (2); que el *máximum* de su medida está marcado por el grado del mal físico ocasionado por el delito, y que la justicia se opone absolutamente, cualquiera que sea el provecho que de ello pudiera sacarse, á que se traspase esta medida (3).

Así, el culpable es castigado porque ha delinquido; y no

---

(1) El *Propagandista* 18 de Nov. de 1846.

(2) Salvo recurrir á una pena análoga, si la moral, el interés público, la dulzura de las costumbres, etc., inspiran el alejamiento de una pena de la misma naturaleza que el delito, ó la proscriben. Todo sufrimiento es análogo á otro, más en grados diversos: nada impide, pues, elevarse sobre esta escala de analogía, solamente que, cuanto más insignificante es la analogía, ménos fácil es apreciar la justa coincidencia entre el delito y la pena, ora para no traspasar la justa medida, ora para permanecer dentro de ella.

(3) Se puede objetar á esto, que si la justa proporcion de la pena con el delito debe medirse por su efecto represivo y no por la identidad del grado, una pena no es suficiente sino en tanto que supera al atractivo que tiene el delito, y que nuestro principio podría dejar á la sociedad sin defensa. Mas esta razon no es sino especiosa: 1.°, es poco conveniente que el atractivo del mal no sea contenido por la amenaza de una pena próxima, cierta y bien proporcionada; 2.°, el desprecio de esta pena, si fuese muy comun, constituiría á los malhechores en estado de hostilidad frente á frente de la sociedad, y el derecho de castigar se vería convertido en el de defenderse; pues este es siempre proporcionado á la fuerza de la agresion; 3.° en tanto que las gentes honradas son con mucho las más fuertes, deben contentarse con castigar, y abstenerse de hacer la guerra á los malhechores, salvo estar siempre en guardia contra ellos; 4.° la eficacia de la pena, tomada como medida de la misma, llevaría lógicamente á los mayores excesos, mientras que nuestro principio dá garantías contra esto sin comprometer derecho alguno, siendo, fin, el principio de la justicia.

lo es necesariamente, sino en un interés público ó privado; no puede serlo más que segun la medida de su crímen; y se puede, al aplicarle toda ó una parte de la pena merecida, buscar el mejoramiento del culpable. Mas entónces la moral se une al derecho, del mismo modo que á éste una consideracion de utilidad cuando se busca en una pena, justa por otra parte, una garantía de seguridad.

El principio supremo y completo del derecho penal sería, pues, complejo; tendría *su razon en la utilidad* y *su medida en la justicia absoluta*, que no permite castigar más de lo merecido, cualquiera que sea la utilidad que podamos prometernos de la pena.

Habría en ello, además, subordinacion recíproca entre la justicia penal y el interés, en el sentido de que el interés estaría sometido á la justicia, siempre que tendiese á exigir una pena que traspasase el grado merecido; mientras que el derecho de castigar estaría igualmente subordinado al interés físico ó moral, en el sentido de que no debería aplicarse una pena, por lo demás absolutamente justa, sino en tanto que hubiese una ventaja material ó moral que alcanzar de ello.

Preciso es persuadirse, en efecto, de que el hombre no tiene la mision de castigar por castigar, es decir, por restablecer el órden moral perturbado por el delito, por hacer reinar la justicia absoluta, aplicando al delincuente la ley que éste hace para los demás respecto de sí, con la accion de que se ha hecho culpable. No; y aunque haya aquí una justicia absoluta, objetiva, que restablecer; aunque, de otra parte, el derecho de castigar no sea propiamente más que esto; aunque el principio de la expiacion ó de la pretendida reparacion del mal moral por el mal físico no sea, en comparacion con el de la reciprocidad, más que un principio místico, falso y fanático, sin regla como sin medida; aunque parezca que el hombre tiene, no solamente el derecho, sino tambien el deber de hacer reinar la justicia, y toda especie de justicia, por respeto á la justicia misma; no obstante, como la justicia considerada de este modo, pertenece al órden absoluto de las cosas, al bien ó al órden moral en sí, y el hombre no tiene la mision de hacer reinar este órden más que en su personalidad individual y no en la sociedad; como le es, por otra parte, imposible establecer este reinado de la justicia absoluta de una manera perfecta, en atencion á

que no conoce suficientemente los caractéres morales del delito, la naturaleza y el grado del sufrimiento de aquél que por él es lesionado, ni posee los medios más adecuados para operar perfectamente la reciprocidad por la eleccion perfecta de la naturaleza y la medida de la pena; el derecho de castigar que le queda, no es, hablando con propiedad, más que el derecho de calmar hasta cierto punto el sufrimiento con que espía su delito, hacerle volver á la calma de la seguridad, perturbada por un momento, y tener para el porvenir cierta vigilancia. La pena tiene, pues, para el *hombre* su razon en este interés; razon subjetiva, relativa, pero indispensable, extraña hasta aquí, sin embargo, á la necesidad moral absoluta de reparar el desórden, traido por el delito al mundo moral. Mas si la pena, tal cual el hombre tiene el derecho si es que no el deber de aplicarla, tiene su razon relativa ó humana en el interés privado y público, tiene tambien su regla y su medida en la justicia absoluta, justicia que el interes, un interés cualquiera, no tiene el derecho de violar.

CAPITULO X.

IMPORTANCIA DE LA DETERMINACION DEL PRINCIPIO PRECEDENTE.

SUMARIO.

1. No hay más que dos maneras de juzgar: arbitrariamente ó por principios.—Necesidad de juzgar por principios en derecho, sobre todo en derecho criminal.—3. Principios falsos y principios verdaderos; principios vagos y principios precisos.—4. Necesidad de los principios para juzgar las legislaciones, para apreciar su valor absoluto y relativo, así como sus progresos.

No hay más que dos maneras de juzgar: arbitrariamente ó por principios. El legislador es un primer juez que determina los delitos y les aplica la pena que cree merecen.

Mas, ¡qué espantoso desórden, qué horrendo menosprecio de la vida del hombre y de la justicia en las recopilaciones de derecho penal! Comparadlas entre sí y decid si el arbitrio más deplorable no parece haber presidido á su redaccion. Aqui, la legislacion draconiana es la que está puesta en vigor: la pena se impone á cada instante. Allí, es el fisco, que no quiere más que multas, confiscaciones, beneficios para el Tesoro, y esto lo mismo en las faltas ligeras que en los más grandes crímenes. En una parte, se diría que el soberano se ha impuesto la tarea de hacer languidecer y morir en horribles calabozos á todos los condenados; en otra, no es más que cuestion de destierro y extrañamiento. Hay por último, pueblos en donde todas las penas son suplicios.

Es más fácil, en efecto, entregarse á los movimientos de la venganza que contenerlos; arrojar del territorio á todos los malhechores, ó encerrarlos á todos indistintamente, ó exterminarlos, que aplicarse escrupulosamente á reconocer la naturaleza y el grado de sus faltas, y castigarlos en consecuencia.

Hay un poco más de estudio, pero un estudio muy fácil y que puede tener sus inconvenientes, en generalizar de tal modo el delito, que no se vea en él más que un atentado con-

tra la sociedad, un abuso de la libertad; de donde se saca en conclusion que no hay más que una pena legítima, la supresion de la libertad, la detencion (1).

Pero, áun en este sistema, ¿cuál será el modo de la detencion? ¿Cuál su duracion? Cuestiones graves son éstas; porque si la manera de tratar á los culpables llega á ser envidiable para las gentes pobres; si no hay otra privacion que la de no poder salir y de abusar ademas de la libertad en perjuicio de sus semejantes, es muy de temer que tal sistema penitenciario venga á ser un estímulo al mal. Si se añade, por el contrario, alguna otra pena á la de privacion de libertad, se sale entónces del principio planteado, y es preciso buscar otro ó proceder arbitrariamente.

Del mismo modo, en cuanto á la duracion de la detencion, será preciso regirse por un principio cualquiera que no será el de la privacion de libertad. ¿Lo será el del arrepentimiento del condenado, ó el de su impotencia de volver á caer en el mal? Mas, ¿cuándo se sabrá que se ha arrepentido? Y este arrepentimiento, ¿no podía preceder á la pena? Si es la impotencia de dañar, ¿en qué excesos no está amenazado de volver á caer? Hasta este momento no tendríamos que temer más que el error; ahora la injusticia? Y ¿por qué esto? Porque se carece de un principio de penalidad. Las erróneas diferencias que separan las diversas legislaciones criminales, la arbitrariedad que impera en casi todas ellas, todos estos vicios no tienen otra razon que la falta de principio, de un principio verdadero, del principio de justicia unido á los de la utilidad y la mansedumbre.

Todas estas consideraciones doctrinales á que hasta aquí nos hemos entregado, sobre todo las que acabamos de indicar, nos han parecido indispensables en interés mismo del trabajo histórico y filosófico que nos proponemos.

En efecto, ¿como establecer con evidencia, sin las indicaciones que preceden, la verdad de los principios eternos que regulan el derecho penal? ¿Cómo, sin estos principios, juzgar del valor absoluto de una legislacion criminal, de su verdad ó falsedad, del lugar que ocupa en la escala de la civilizacion, de su valor con relacion á otras legislaciones del mismo género? ¿Cómo, en otros términos, apreciar el

(1) Aquí se toma esta palabra en un sentido genérico.

espíritu de una ley, lo perfecto ó lo defectuoso de sus disposiciones, el orígen instintivo, de sentimiento ó de razon de este espíritu, etc., etc.? ¿Cómo, en una palabra, juzgar, criticar, y hacerlo con acierto, sin reglas de crítica y de juicio? No insisto sobre una verdad tan palpable. Los hechos ya me han dado ámpliamente la razon; no tardarán en justificar ademas la marcha seguida.

CAPITULO XI.

DEL DERECHO DE CASTIGAR (1).

SUMARIO.

1. Si el hombre tiene el derecho de castigar á su semejante.—2. Cuestion resuelta implícitamente por la que precede.—3. Opinion de los autores.—4. Equivocacion desecha.—5. Orígen del poder penal.—El derecho de defensa.—6. El derecho de defensa no debe ser considerado como una delegacion divina.—7. El derecho de castigar no pertenece más que á Dios y por qué.—7. No es necesario que lo ejerza por mano del hombre.—9. No lo ha querido, puesto que le ha rehusado las condiciones indispensables para ejercerlo bien.—10. Dios mismo no podría quizá, sin herir su soberana perfeccion, ejecer el derecho de castigar, tal como se le entiende generalmente.—11. Así entendido, el derecho de castigar es á lo ménos muy dudoso, mas conviene conservar la expresion, salvo interpretarla por esta otra: derecho de defensa.—12. Resúmen.

Esta cuestion no presenta ya para nosotros dificultad alguna.

Se puede, es verdad, sostener con igual apariencia de razon lógica que el hombre tiene el derecho de castigar á su semejante ó que no le tiene, segun la idea vedadera ó falsa que se tenga de la pena.

La cuestion del derecho de castigar, presupone, pues, la que acabamos de resolver, y se encuentra por sí misma resuelta.

En efecto, preguntar si el hombre tiene el derecho de castigar, es preguntar si tiene el derecho de defenderse en la medida de la justicia, ó bien si tiene el derecho de ejercer la justicia penal cuando en ello está interesado. Planteada asi la cuestion, no es suceptible de dos soluciones.

Los autores han sostenido, sin embargo, que el derecho de castigar no pertenece al hombre; ni al hombre colectivo, á la sociedad, ni al hombre individual. Así, Jark sos-

(1) V. en cuanto al estado de la ciencia sobre esta cuestion un artículo nuestro en la *Revista de Legislacion y Jurisprudencia*, 1845, t. III, p. 221 y siguientes. Cf. Romagnosi, *ob. cit.*, t. I, p. 75-125.

tiene que no es sino en virtud de un mandato del cielo como castiga el soberano, que ejerce en general todos los derechos supremos del Estado.

Segun esta teoría, defendida ya por muchos filósofos franceses del siglo XVIII, por lo ménos en la parte negativa, y combatida por Portalis, como uno de los abusos de esta filosofía (1), la sociedad no tendría el derecho de tocar al culpable.

Si se entiende por pena un mal físico impuesto sin objeto ó por la mera consideracion de que ha habido mal moral, la pena careceria sin duda de razon suficiente, no solamente para el hombre, sino tambien, y sobre todo, para Dios, ser absolutamente sábio, y cuyos actos deben ser perfectamente conformes con la razon.

La pena careceria tambien de razon para Dios, y no habría más que una aplicable por el hombre, si no debiese conducir más que á la satisfaccion de la necesidad de regocijarse por los sufrimientos de otro, por consecuencia del mal que de él se ha recibido, lo cual es propiamente la venganza.

¿Con qué título podría, pues, el soberano castigar como mandatario del cielo, y qué se entiende por un mandato de esta clase? ¿No es preciso que sea positivo y visible? Pero entónces, á no ser por prodigios que el cielo no hace, el soberano se encontraría desarmado, la sociedad misma no podría ya tener jefe, ni la justicia tampoco podría ya ser representada.

¿Este mandato debe, por el contrario, no tener nada de prodigioso, no debe emanar más que del poder sacerdotal? Mas ¿cuál es el poder de esta especie que ha recibido manifiestamente del cielo la mision de hacer y deshacer reyes, de reinar indirectamente por medio ellos? ¿Dónde están sus títulos incontestables, admitidos por todos? Hay que confesar que el derecho divino no tiene sentido más que en las teocrácias. Faltaría saber si esta forma social es legítima, bajo qué condiciones, y si es la única que tiene este carácter.

Hay un sentido, segun el cual, sin embargo, el poder es divino: tal es cuando está fundado en la naturaleza de las cosas: es decir, cuando es la expresion de la voluntad comun, bien sea supuesta en virtud de la justicia ab-

---

(1) *Del uso y el abuso del espíritu filosófico* del siglo XVIII, t. II, p. 889, sobre todo en favor de la pena capital.

soluta de la medida, y por consiguiente no expresada, bien sea enunciada directamente por representacion. Mas entonces es emplear una palabra impropia, pues que nosotros no conocemos la voluntad divina en materia de justicia, sino por la razon.

Hablar de mandato del cielo, es en realidad hablar simplemente de derecho natural, de derecho absoluto, ó emplear un lenguaje desprovisto de sentido ó de verdad; es, como se ha dicho, poner á Dios en el lugar de un príncipe, cuando parece, por el contrario, que Dios ha querido poner á los príncipes en su puesto ó hacerse representar por ellos.

«En nombre de los principios, suficientemente desarrollados en lo que precede, es como nos creemos autorizados para decir con verdad que el hombre no tiene el *deber de castigar por castigar*, que no tiene la mision ni los medios de mantener el órden absoluto del mundo moral en vista del bien moral mismo; que no tiene *el derecho de castigar por castigar* ó con objeto de restablecer el órden jurídico y por la mera consideracion de la necesidad moral ó en sí de este órden, sino que tiene el *derecho de castigar para defenderse*, ó en interés de su conservacion. La sociedad, investida en provecho de todos sus miembros del ejercicio de este derecho, viendo, por otra parte, en la lesion experimentada por uno un peligro y una amenaza para todos los demás, se preocupa justamente del porvenir, y trata de impedir, por medio de una pena por lo demás justa, que la injusticia se repita. El derecho de defensa no se aplica solamente al indivíduo desarmado, detenido, encadenado y en lo sucesivo impotente; se aplica al porvenir, á la intimidacion, y cuando la sociedad hiere para defenderse, es ménos para defenderse contra aquel á quien hiere, que contra la vuelta, la repeticion de los delitos que tiene proscritos y castigados (1).»

Nadie pone en tela de juicio el derecho de defensa; negarlo sería negar el derecho de existir. Y como se reconocería por esto mismo el derecho de vida y muerte en unos hombres sobre otros, sería faltar á la vez á la justicia y á la lógica. Queda, pues, sentado que el derecho de castigar, si se entiende por esto el derecho de defensa, existe; es ade-

(1) Boitard, *Lecciones sobre el Código penal*, p. 66.

mas necesaria existencia, pues que su negacion conduciría á una contradiccion, es decir, á lo imposible.

Toda la dificultad está pues en saber si el derecho de castigar, bajo el punto de vista de la expiacion, como retribucion del mal por el mal, como medio de correccion ó de enmienda del culpable, es un derecho para el hombre, y si es tambien para él un deber ejercerle; porque, áun suponiendo que haya justicia en hacer á otro el mal que de él se ha recibido, habría aquí un problema de una dificultad poco ménos que insoluble para el hombre. Se pueden muy bien, sin duda, apreciar comparativamente las cosas materiales de la misma especie; por ejemplo, como una moneda equívale á otra del mismo peso y de la misma ley; como un metro de tela de una cualidad dada puede equivaler tambien á otra, aunque aquí ya se presenten matices muy difíciles de notar. Mas las dificultades son, por otra parte, grandes y embarazosas, si se compara, no ya materia con materia, sino cada materia susceptible de ser objeto de derecho, con relacion á uno ó á otro propietario, si se considera la accion culpable en relacion al grado de inteligencia, de libertad y de moralidad del agente. Para administrar recta y cumplida justicia, no es suficiente conocer más ó ménos perfectamente el cuerpo del delito, la naturaleza del mal cometido: es necesario además apreciar el grado de criminalidad que ha presidido á la accion y el grado de sufrimiento que de ella ha resultado.

Hemos establecido el principio de que no hay hombre ni tribunal en el mundo capaz de formar sobre un delito cualquiera un juicio revestido de esta precision necesaria. Hay más; ni el agente ni el paciente mismos son capaces de juzgarse perfectamente en este punto, en lo que personalmente les concierne, y ménos podrán serlo el uno por el otro, ó los dos por un tercero.

Así, bajo este punto de vista, el hombre es enteramente incapaz de administrar perfecta justicia.

Pero supongamos que el hombre que se impone esta ardua tarea fuese tan perspicaz, tan cuidadoso, tan amigo de la justicia, cuanto un mortal puede serlo. ¡Qué sucederá si las pasiones, las preocupaciones, la pereza y la ignorancia vienen á alterar todavía un juicio por otra parte tan difícil de formar!

Afortunadamente es este un problema moral, más bien

que un problema jurídico, y el legislador, el príncipe, el juez, no solamente no están obligados á resolverle, ni tienen esta mision, sino que hasta están obligados á abstenerse de ello. No pudiendo en manera alguna hacer reinar el indicado órden moral en los corazones puros, debe dejar este cuidado á la mirada que puede penetrar en este abismo, al solo poder capaz de realizarlo.

¿Qué sería, por otra parte, la retribucion del mal por el mal, aun suponiendo que fuera posible al hombre? ¿Cuál sería el fin? Si concedemos que es justa, esto es suficiente para que sea sabia. Sólo Dios es bastante perspicaz y bastante poderoso para hacer sufrir á un culpable la justa medida de pena que merece su maldad considerada en su relacion al sufrimiento ocasionado. ¿Pero esta retribucion de un mal físico por otro de igual naturaleza, repara ó puede reparar el mal moral, la culpabilidad? ¿Puede hacer que no haya sido? Ni Dios mismo podría darle esta virtud. No destruye, pues, ni borra el mal moral del delito, y si la expiacion se definiese «la reparacion del mal moral por el mal físico,» la expiacion sería absurda é imposible.

¿Entenderíase, al contrario, por expiacion, la reparacion del mal físico de uno por el mal físico del otro? No hay expiacion posible ni aun en este sentido, puesto que el mal físico ocasionado por el delito, no ha sido menor porque el delincuente sufra ó no un mal igual. Solamente la reparacion civil, que es preciso no confundir con la pena, podrá proporcionar á veces una indemnizacion más ó ménos suficiente. Pero la pena propiamente dicha, no puede en manera alguna dar resultado semejante, á no ser que la necesidad y la satisfaccion de la venganza se consideren aquí como la base del derecho de castigar, lo cual no es, sin duda, el propósito de los que sostienen la existencia de semejante derecho.

Pero, para que estos sentimientos pudieran tomarse en consideracion, para poder definir la expiacion, «el derecho de venganza,» bastaría agravar todo delito de asesinato para evitar la razon de castigar al culpable; bastaría consumar el crímen, para obtener la impunidad; ó bien, bastaría, para desarmar la justicia, que la víctima quisiese perdonar al criminal.

Por último, si la expiacion se define «un medio físico de producir en el culpable el arrepentimiento, el respeto á

la justicia, la simpatía y el amor á la humanidad,» en este sentido el hombre no tiene derecho á castigar: 1.°, porque se trata en esto de un estado moral interno, que no tiene la mision de establecer, al ménos en nombre del derecho; 2.°, porque no conoce este estado; 3.°, porque ignora los medios propios para procurarle; 4.°, porque se prohibiría la aplicacion del principio de reciprocidad en caso de crímen capital, puesto que no podría ejercerle, estuviese ó no arrepentido: si lo estaba, la pena sería inútil; si no, convendria no hacer esto imposible matando al culpable; 5.°, porque en todo caso, el arrepentimiento haría inútil la pena, y por lo tanto injusta; 6.°, porque la hipocresía burlaría con frecuencia la justicia; 7.°, porque la pena no sería más que un motivo de engaño; 8.°, porque si la pena no fuese más que un medio de conducir al arrepentimiento, se tendría derecho á prolongarla ó á agravarla indefinidamente hasta que se obtuviese el efecto; 9.°, porque todas las penas conocidas, cuando exceden á la culpabilidad, son medios muy poco seguros de conducir á la enmienda; pueden contener, mas no convertir.

El cambio moral del culpable no puede ser el fin esencial de la pena, ó, si lo es, está en manos de Dios, único que puede saber y hacer lo que conviene en esto.

Pero, ¿no podría Dios delegar en los hombres, en los soberanos, el derecho de castigar? Esto es lo que se ha discutido con frecuencia y se discute todavía. Seríamos de este parecer si se dignase delegar en ellos, á la vez, su sabiduría; de otro modo no podemos comprender que les confiera un derecho que son naturalmente incapaces de ejercer. Y la mejor prueba, á nuestro modo de ver, de que se ha reservado para sí el derecho de castigar, es que ha rehusado á los hombres las luces y el poder necesario para ejercerlo justa y útilmente. Esta imposibilidad de una plena justicia en este mundo es todavía uno de los más poderosos argumentos en favor de la vida futura, si desde luego se admite un Dios santo y providente.

El hombre está todavía tan distante de poder castigar, segun se entiende vulgarmente esta parte de la justicia, es tan poco exacto que haya recibido este derecho por delegacion celestial, que el mismo Dios no podría ejercerle, sino en tanto que no repugnase ni á su bondad ni santidad supremas, hacer sufrir á una criatura un mal físico sin otro re-

sultado que el sufrimiento mismo, motivado solamente por un sufrimiento igual padecido por una criatura á consecuencia de la accion castigada. Reconocemos que la justicia absoluta no reclama contra esta penalidad vengadora, que hasta parece exigirla; sabemos que la justicia no tiene necesidad de ser útil para ser legítima, que tiene en sí misma su propia razon de ser, que constituye parte del órden moral, del órden del derecho. Pero puesto que por encima del órden jurídico, qué es puramente negativo, hay todavía en el mundo moral un grado superior de perfeccion, el de un bien moral positivo; ¿por qué la pena, restableciendo el órden negativo, corrigiendo el desórden, no sería un medio para un órden mejor que condujese al bien? Y si Dios tiene la inteligencia y el poder necesario para hacer salir el bien del mal, ¿por qué no lo hace? ¿Por qué dejar á los hombres el derecho de torcer su camino, de separar los medios del fin, de agravar el estado moral del malvado endureciéndole por la pena?

Guardémonos de caer en una estéril cuestion de palabras, y puesto que se ha convenido llamar derecho de castigar al derecho de protegerse, de defenderse, sería por lo ménos pueril disputar sobre esto. Sin embargo, para no discutir más, es necesario entenderse.

En resúmen: el hombre no tiene la mision de castigar por castigar, es decir, para restablecer el órden moral alterado por el delito, para hacer reinar la justicia absoluta aplicando al delincuente la ley que éste aplica á los otros mediante la accion que le hace culpable. No, áun cuando haya que restablecer en esto una justicia en sí absoluta, objetiva; áun cuando el derecho de castigar propiamente dicho, no consista más que en esto y no en otra cosa; aunque el principio de expiacion ó de la pretendida reparacion del mal moral por el mal físico, no sea, en comparacion del de reciprocidad, sino un principio místico, falso, absurdo y fanático, sin regla y sin medida; áun cuando parezca que el hombre tiene, no solamente el derecho, sino tambien el deber de hacer reinar la justicia, y toda especie de justicia, por respeto á la justicia misma, sin embargo, como la justicia, así considerada, pertenece al órden absoluto de las cosas, ó bien al órden moral en sí, y el hombre no tiene la mision de hacer reinar este órden más que en su persona individual y no en la sociedad; como le es ademas

imposible establecer este reinado de la justicia absoluta de una manera perfecta, porque reconoce bastante los caracteres morales del delito, la naturaleza y grado del sufrimiento del que está perjudicado; como no posee los medios más propios para realizar perfectamente la reciprocidad por la perfecta eleccion de la naturaleza y medida de la pena, el derecho de castigar que le resta, no es, propiamente hablando, sino el derecho de suavizar hasta cierto punto el sufrimiento que padece por el delito, de volver á la calma de una tranquilidad momentáneamente perturbada y de tener cierta seguridad para el porvenir.

La pena tiene, pues, *para el hombre*, su razon en este interés; razon subjetiva, relativa, pero indispensable, extraña hasta entónces á la necesidad moral absoluta de reparar el desórden producido por el delito en el mundo moral. Pero si la pena, tal como el hombre tiene el derecho ó el deber de aplicarla, tiene su razon relativa ó humana en el interés privado y público, tiene su regla y su medida en la justicia absoluta, justicia que el interés, un interés cualquiera, no tiene el derecho de violar (1). En una palabra: la pena es una deuda, cuyo acreedor es la justicia absoluta; los hombres no tienen derecho á exigirla por sí misma; al ménos no están obligados á ello. Todo lo que se les debe es la reparacion del mal sufrido por ellos, del mal físico *lato sensu* y garantías para el porvenir. Esto sentado, no hay confusion posible, y en adelante se puede hablar sin ningun inconveniente el lenguaje admitido, puesto que es un idioma hecho y comprendido.

---

(1) Cf. entre otras obras sobre el derecho de castigar en general, F. J. Goebel, *De legitima sui defensione.*

CAPITULO XII.

QUIÉN PUEDE LEGÍTIMAMENTE CASTIGAR.

SUMARIO.

1. En el estado llamado de naturaleza.—2. Derecho de reciprocidad.—3. Quién debe ejercerle.

En el estado de aislamiento, que de ordinario se llama estado de naturaleza, se ha dicho que el hombre tiene el derecho de defenderse, pero no el de castigar. Puede ayudar á un semejante suyo á rechazar una injusta agresion, pero no puede ayudarle á castigar al agresor.

La pena supone un superior que la imponga y un inferior que la sufra. No hay, pues, pena legítima entre iguales, es decir, fuera de la sociedad, entre salvajes, entre las naciones. Locke, Barbeirac, Filangieri, Burlamaqui y Vattel, Rotteck han sostenido, por el contrario, que el indivíduo tiene tambien el derecho de castigar cuando la sociedad no puede hacerlo por él; que la sociedad no está investida de ningun derecho que, bajo una ú otra forma, no pertenezca ya á los indivíduos. ¿Qué es, pues, la pena, sino el derecho de defensa preventiva, subordinado á un delito anterior y ejercido dentro de los límites de la justicia? Pero respondamos á cada una de las precitadas razones contra el derecho de castigar, tal como lo entendemos.

1.° Es cierto que el derecho de reciprocidad, en cuanto á un mal físico voluntariamente ocasionado, no es sino la equidad con un nombre dado. Decir que el derecho de castigar á nadie pertenece individualmente, sería tanto como decir, que la equidad no es la equidad, ó que un derecho no es un derecho.

2.° Cuando se trata de saber quién debe ejercerle, el indivíduo ó la sociedad, todavía no es grande la dificultad, porque hay más de una razon para que la sociedad

esté exclusivamente investida de él, cuando puede estarlo útilmente.

La pena es mejor elegida y aplicada en una medida más justa.

Se impone con más seguridad, puesto que ningun culpable es bastante fuerte ante todos para esperar fácilmente la impunidad.

El resentimiento del condenado ó de la familia contra la sociedad, es nulo en comparacion de lo que podría ser contra un individuo.

Si un particular se encargase de castigar á su enemigo, muchos delitos y crímenes quedarían necesariamente impunes por falta de fuerza suficiente de parte del ofendido. El asesinato más hábilmente premeditado, podría escapar con facilidad la justa pena que merece.

Si un hombre débil se viese obligado á recurrir á la astucia para vengarse de otro más fuerte, las relaciones sociales llegarían á ser muy peligrosas. Lo mismo sucedería si se reconociese á los parientes, á los amigos del ofendido, á todos los que pudieran interesarse por él, el derecho de ayudarle á castigar al culpable: se sembraría de este modo la desconfianza y el ódio para obtener asesinatos sin número. La sociedad se vería amenazada de caer en la disolucion más completa.

¿Pero es que el hombre, en estado de naturaleza, es decir, considerado con relacion á sus semejantes, como hombre pura y simplemente, y no como ciudadano, no tiene el derecho de castigar á quien le ofenda gravemente, sobre todo cuando no puede recurrir á ninguna fuerza pública para restablecer al ménos por la reparacion civil, la igualdad jurídica entre él y su enemigo? No lo creemos (1), porque todo individuo tiene el derecho de ejecutar una accion que no traspase los límites de la justicia, cuando al obrar de este modo, no perturbe el órden social, lo cual no hay que temer en el estado de naturaleza.

---

(1) Somos en esto del parecer de Platon, que es tambien el de muchos modernos ya citados. Vease ademas: Cumberland. *De legib. natur. disquis.*, Lond., 1672, I, 26;—Selden, *De jure naturæ et gentium justa disciplinam Hebrœorum*, IV, 5, donde se habla de los *jus zelatorum* de los Judios;—el mismo *De jure zelator.*, en los *otia theolog.*, IV, p. 604.—Bud., *Dissert de jure zelat., in gente Hebr*:—del mismo, Theol. mor., II, 4. § 6.

Hay más: el indivíduo está interesado, y legítimamente interesado, no solamente en defenderse, sino tambien en garantirse por medio de una justa intimidacion, resultado de la pena, contra toda agresion ulterior. Tiene el derecho *de corregir* á su agresor de manera que le quite la voluntad de cometer una nueva injusticia, tanto con él como con otros hombres.

En resúmen, creemos que el derecho de castigar, considerando la pena bajo su aspecto preventivo, y subordinándola siempre á la justicia absoluta, y áun al interés actual, si este interés no exige más que lo que el derecho concede, creemos que el derecho de castigar pertenece al ofendido en estado de naturaleza, que puede ejercerse en este estado por todo hombre que experimente un movimiento de simpatía hácia uno de sus semejantes injustamente maltratado. Esto es lo que el pueblo llama *imponer un correctivo*. Con tal que sea merecido, se preocupa bastante poco de la mano que le impone, aun en el estado social.

No es de necesidad absoluta (sino de necesidad relativa en una sociedad constituida), que la pena parta de un superior. Lo esencial es, lo repetimos, que sea merecida y que no exceda á la justicia.

Para obtener con más seguridad estas garantías y algunas otras de que ántes hemos hablado, todos están de acuerdo en decir que el ejercicio del derecho de castigar debe abandonarse al soberano en el estado social.

¿Pero en qué consiste este abandono? ¿Es por un contrato social, real ó ficticio, por un contrato propiamente dicho, ó por un cuasi-contrato?

Un tradicionalista, un partidario de la teocracia, respondería que es un efecto de la institucion divina.

Un sensualista diría que es en virtud de un contrato ó de un cuasi-contrato.

Un racionalista, que es una consecuencia necesaria de la soberanía, una de sus atribuciones esenciales. Instituido el soberano (poco importa aquí la cuestion de *cómo)*, para el sostenimiento del órden social, para servir de lazo de unidad y de principio de vida al cuerpo político, es imposible, en efecto, que la parte disciplinaria de policía y de derecho criminal, no le pertenezca. Aunque quisiera desprenderse de este, no podría hacerlo lógicamente : para descargarse de un deber tan sagrado, para renunciar al ejercicio

de semejante derecho, no tendría más que un medio, abdicar.

Reconociendo pues, que el derecho de castigar, es esencialmente inherente á la soberanía, no hay necesidad de responder á la cuestion: ¿cómo ciudadanos futuros, que se den un soberano, podrán conferirle el derecho de castigar, no teniendo ellos el de castigarse á sí mismos?

Filangieri responde que cada miembro de la sociedad concede al soberano el derecho de castigar á los demás, cuando está interesado en ello, reconociendo así la posibilidad jurídica de ser castigado él mismo, no á peticion propia, como si se persiguiese por un delito, lo que es absurdo, sino á instancia del querellante ó del órgano de la sociedad.

Volveremos á ocuparnos de esto, al tratar de la pena de muerte.

CAPITULO XIII.

DE LA LEGALIDAD DE LAS PENAS.

SUMARIO.

Condiciones para que haya legalidad en la pena:—1. Debe ser decretada por la ley.—2. El grado debe ser determinado aproximadamente al ménos.—3. Debe ser aplicada al delito que está destinada á castigar.—4. Debe ser pronunciada sobre pruebas legales.—5. Debe ser pronunciada sobre pruebas jurídicas suficientes.—6. Debe ser aplicada judicialmente.—7. Debe ser pronunciada por Juez competente.—8. Debe ser pronunciada despues de las formas prescritas por las leyes penales existentes en la época del delito.—9. No debe alcanzar más que á los culpables.—10. Debe ser impuesta en el tiempo, lugar y manera exigida por la ley ó el uso.

Sabemos por qué condiciones es legítima una pena; resta saber lo que constituye su legalidad.

Una pena es legal, cuando reune las condiciones siguientes:

1.ª Debe ser inspirada por la ley (1) al ménos en cuanto á la intencion y al espíritu.

Un gran defecto en las leyes penales de Atenas es que la pena que debía alcanzar al delito, no era determinada por la ley. Necesitábanse dos juicios: uno que tenía por objeto la cuestion de culpabilidad, otro la de la pena merecida. En el intervalo del primero al segundo juicio, se preguntaba al acusado, qué pena creía merecer. Esta pena era despues discutida comparativamente á la que había sido propuesta por la acusacion, y despues fallaban los jueces.

¿Quién creería que el canton de Zurich, uno de los más populosos, industriosos é ilustrados de Suiza, no poseía todavía en 1835, un Código de leyes penales, *ninguna ley penal*, segun Rossi? (2) Desde esta época, este canton ha repa-

---

(1) L. 131, D., *De verbor. oblig.* Excepcion hecha de la disciplina correccional. Es necesario todavía, que se fije por reglamentos ó prévias advertencias. (L. 10, D., *De legibus*).

(2) *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 60.

rado una omision poco digna del distinguido rango que ocupa en la Confederacion helvética.

2.ª La segunda condicion exigida para que haya legalidad en la pena, es que el grado sea en ella determinado por la ley, sin perjuicio del poder discrecional que se atribuye al Juez; el grado es entónces divisible por sí mismo; tiene solamente un máximum y un mínimun.

3.ª La pena debe ser aplicada al delito que está destinada á reprimir (1).

4.ª No debe ser pronunciada sino apoyándose en pruebas legales, y no en pruebas que pudieran ser personales al Juez (2). Moralmente, la sentencia que se fundase sobre el conocimiento que el Juez tuviera personalmente del hecho, podía ser irreprochable; pero no sería jurídicamente regular.

5.ª Las pruebas jurídicas deben ser suficientes, es decir, propias para producir certeza moral (3); si no lo son, el acusado debe ser indemnizado ó puesto en libertad, con la restriccion de un informe más ámplio. Pero este informe sólo debe fundarse en probalidades de cierto valor y por tiempo determinado. El informe más ámplio indefinido sería ya una pena y una pena moral grave.

6.ª La pena debe ser aplicada judicialmente ó segun las formas exigidas, con arreglo de las formas prescritas por la ley.

7.ª Debe serlo por el Juez competente (4).

8.ª Debe serlo segun las leyes penales existentes en la época del delito, á ménos que el acusado no tenga interes en ser juzgado segun una ley más reciente, porque la retroactividad en materia criminal puede admitirse en favor del acusado, si no se opone á ello el interés público (5). No hay, pues, injusticia en juzgar un delito segun una ley más severa, bajo cuyo imperio se hubiere cometido; pero habría injusticia en aplicarle una ley nueva más dura que la que existía en el momento en que tuvo lugar.

---

(1) L. 10, D., *De legibus*.
(2) L. ult., Cod., *De probat.; Capit. Car. Mag.*, 1. 156, lib. V.
(3) L. 5, p. 1. D., *De pœnis*.
(4) L. 131, D., *De verbor. obligat.*
(5) No sería más justo exhumar leyes antiguas más severas que las actuales, que aplicar á los casos presente, leyes posteriores más desfavorables á los acusados. Parece que esto se practicaba entre los Romanos. (Cic., *De Amic.*, II; *Catil.*, IV, 4.;—Sallust., *Jug.*, 31;—Appian, I, 17;—Valer. Máxim., IV, 7, 1.

9.ª La pena no debe alcanzar, sino á los culpables (1).

Nuestra antigua jurisprudencia exceptuaba en mal hora el crímen de lesa-majestad; era una odiosa copia del derecho romano (2). Ciertas leyes bárbaras habían sido más sábias, la ley de los Visigodos es formal, con respecto á la personalidad de las penas; no admite en esto excepcion (3). La ley sajona era ménos equitativa (4). Pero en la antigüedad en que el principio de solidaridad era en general fácilmente admitido, había ménos escrúpulo sobre la extension de la impunidad en cuanto á las personas. Así es que, en Macedonia y Persia, los padres del culpable de lesa-majestad, eran condenados á muerte (5).

La misma responsabilidad alcanzaba en otras partes á los inocentes por delitos públicos ó privados de otra naturaleza. Toda la familia de Aman fué ahorcada con él (6). Una enenvenenadora ateniense, Théoris, fué condenada á muerte con todos los suyos (7). Todos los parientes de Hannon sufrieron su fin trágico. En Roma, cuando los esclavos mataban á su amo, áun los que no habían tomado parte en el crímen, los libertos que habitaban en la misma casa, eran tambien condenados al último suplício (8). En el Perú, si una jóven consagrada al Sol faltaba á su voto de castidad, era enterrada viva, su seductor ahorcado, y destruida la ciudad en que este hombre había nacido, maldito y desierto el sitio (9). En el Japon, la pena alcanza á los parientes próximos del culpable (10). Una ley semejante existía ántes en Rusia. En China, cuando se comete un gran crímen, los mandarines de la circunscripcion administrativa

(1) L. 18, Cod. Theod., *De pœnis*.
(2) L. 15, § 3.º D., *Ad senat. Turpil.*
(3) «Omnia crimina sequantur auctores. Nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec frater pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propinquus pro propinquo ullam calumniam pertimescat. Sed illi solus judicetur culpabilis qui culpanda commisit, et crimen cum illo qui fecerit, moriatur: nec successores aut hæredes pro factis parentum ullum periculum pertimescant.» (*Leg. Wisig.*, 1, VI, t. I, l. 48).
(4) Tit. 2, l, 5.
(5) Claud., *ad Horat.*; Am-Marcel., XXIII; Q. Curt., VI-VIII; Justin, X.
(6) Daniel, VI, 24.
(7) Demost., *in Ariste*.
(8) Tacit., *Annal.*, XIV.
(9) *Hist. de los Incas*, IV, 3.
(10) *Atlas hist.*, t. V, *Disc. sobre el Jap.*, p. 168.

son destituidos, y los padres castigados (1). La ley del Imperio del Medio, permite tambien que el inocente participe de la suerte del culpable, ó sea castigado en su lugar. Los hijos y nietos, las esposas y los hermanos, están autorizados para seguir á los condenados al lugar de su destierro, por lejano que esté; y todos los parientes próximos tienen la facultad de recibir bofetadas, latigazos y otros ligeros castigos en lugar de sus antepasados (2).

Ya se considere la pena, como una retribucion de un mal físico por un mal moral, como ejemplo propio para intimidar, como medio de mejorar al culpable, como una especie de satisfaccion dada á la justicia, ó como una reparacion del desórden moral (lo que se refiere al segundo punto de vista), debe ser sufrida solamente por el culpable, no por el inocente. Si se ofreció á sufrirla, su reparacion nada evitaría en el fondo, no repararía nada. Si no se ofrecía expontáneamente en expiacion, habría otro crimen.

Basta para comprender mejora aún la verdad de esta proposicion, explicar la ilusion que ha dado orígen á la opinion contraria. Dos pueblos están en guerra; no se conocen unos á otros. Son el uno para el otro dos personas morales, como dos cuerpos de nacion. Trátase de vengar un asesinato cometido por uno de los miembros del uno contra uno de los del otro. El pueblo que trata de vengarse, reclama al asesino; se le propone un inocente que quiere satisfacer por el culpable, y se acepta al inocente. ¿Por qué? Porque el pueblo ofendido no ve en el otro que ha cometido la injusticia, más que un todo, un cuerpo, una persona, culpable en uno de sus miembros; y á esta persona es á la que quiere castigar en uno de sus miembros, sin investigar de quién ha cometido el crímen. La pena se cree es sentida de esta manera, lo mismo que de otro modo, en la persona colectiva que se castiga, pues tácitamente se supone que tiene la conciencia de todos sus miembros.

Se parece, pues, indudablemente, la deuda criminal á una deuda civil. Lo esencial en lo civil, es que el acreedor sea pagado. Un tercero puede librar al deudor. Es simplemente una generosidad del que paga para con el que debe, cosa en verdad muy permitida.

---

(1) El P. Le Comte, *Carta* IX.
(2) *Mém. concern. á los Chin.*, IV, p. 158.

Pero en materia criminal, si es permitido el sacrificio, si al ménos en cierto modo es excusable y no aceptable por la justicia, no es una víctima lo que se necesita, como el número de escudos que pide un acreedor (1); trátase, por el contrario, de establecer una igualdad; hay un mal físico merecido, por otro mal físico voluntariamente ocasionado ó por un agente determinado, que es la única persona en quien puede restablecerse el equilibrio de la justicia, porque él es el que falta y no otro; en esto consiste la deuda activa, que es el crédito: este es el vacío que hay que llenar por medio de la satisfaccion.

El verdadero acreedor, en materia criminal, es la justicia, que quiere ser satisfecha en la persona y por la persona del culpable, y que no puede serlo sino de este modo. No es un *sufrimiento*, un dolor en general lo que ella exige, sino más bien una *pena*, es decir, un sufrimiento en un sugeto culpable, y porque es culpable, sin lo cual ni hay pena ni deuda satisfecha. Todos los terceros posibles, ni son ni pueden ser otra cosa que *agentes* de la justicia; pero de ningun modo *deudores* aceptables para ella.

Es una especie de justicia digna de los tiempos más atrasados, aquella en que el inocente es admitido á la pena en vez del culpable. Así lo vemos entre los salvajes. Cometióse un asesinato en un miembro de la tríbu de los Chactas por un jóven salvaje de una tríbu vecina; los Chactas reclamaron el culpable. Iba á ser entregado, cuando el padre del asesino, reconociendo que la reclamacion era justa, pero que el culpable era más útil á su mujer y á sus hijos que él, anciano débil, ofreció su cabeza por la de su hijo. El sa-

(1) Los escudos son de tal naturaleza, que representan otros escudos; son del número de las cosas en que la especie lo es todo, el individuo nada: aquellos son los que se prestan, áun cuando nada signifiquen. Pero en derecho criminal, no es un dolor *abstracto* lo que hay que sufrir por la persona que lo merece, que lo debe: es un dolor determinado por el carácter de *penalidad*, y que desde luego no puede ser sufrido sino por el culpable. Si lo es por otro, quiéralo ó no, pierde su carácter de pena; no es sino un dolor sin razon, ó contra toda razon jurídica. No es más que un paralogismo absurdo, horrible en materia penal. Es como si en materia civil se pagase á otro á quien no se le debiera. Hay ademas esta diferencia, que en materia criminal el acreedor es la justicia absoluta, que no puede sufrir sino el que la debe sufrir y no otro. No basta que el culpable consienta en no ser castigado, para ver á un inocente sufrir en su lugar. Esta pretendida sustitucion es tan imposible como que un culpable sea inocente ó un inocente culpable, ó que el uno sea el otro.

crificio fué aceptado (1). La conducta de este desgraciado padre se concibe, pero la de los Chactas no se comprende sino por medio de las aberraciones de que hemos hablado.

He dicho que el sacrificio no sería siempre justo: sería muy reprensible si fuese acompañado de la creencia de que el culpable hoy indultado volverá mañana á su vida criminal.

10. La décima y última condicion para que la pena sea legal, es que se imponga en el tiempo, lugar y de la manera exigida por la ley ó por la costumbre (2).

No basta que la pena sea legal; es necesario que sea legítima, equitativa y conforme á la razon. Debe, ademas, ser útil, eficaz.

---

(1) Nougaret.—Belleza de la *Historia de los Estados-Unidos de América Septentrional*, 2.ª edic., pág. 260.

(2) L. 18, párf. 15, *De pœnis*.

CAPITULO XIV.

CUALIDADES EXTRÍNSECAS DE LA PENA

SUMARIO.

1. Dos cualidades dominantes: equidad, eficacia.—2. Cualidades subordinadas: analogía, proporcion, divisibilidad, conmensurabilidad, revocabilidad, imparcialidad, certidumbre, represion, correccion, ejemplaridad, utilidad moral, etc.—3. Desarrollo.—4. Eficacia de la pena, una vez satisfecha.—5. Utilidad de la pena.—6. Brevedad para imponerla.

Las penas deben, en cuanto sea posible, reunir ciertas cualidades que las hagan tanto más perfectas cuanto mayor es el número y la categoría en que se encuentran.

Las dos grandes cualidades de las penas son la justicia y la utilidad ó la eficacia, cualidades externas, sin duda, que responden más á la aplicacion que á la esencia de la pena, pero cualidades indispensables, que son el fin de todas las demás; es decir, cualidades intrínsecas.

Es mucho más fácil hacer justo un sistema de penalidad y poner de relieve este carácter fundamental que reune en alto grado las propiedades siguientes: analogía, proporcion, divisibilidad, conmensurabilidad, revocabilidad é imparcialidad.

Ademas, si la justicia es ya una garantía de la eficacia de la pena, se puede decir que esta eficacia aumenta todavía si la pena es cierta, coactiva, correctiva, ejemplar y materialmente útil á la sociedad y al reo.

Tratemos á la ligera estas diversas cualidades.

Segun lo que hemos dicho del principio de la reciprocidad aplicado á la pena, nada más nos queda que decir aquí de la analogía que sería de desear entre la pena y el delito; no debe ser sacrificada sino á cualidades superiores.

La proporcion entre la pena y el delito constituye su justicia rigurosa ó extricta. La lenidad de la sociedad se hace ver áun al culpable mismo, si la pena se ajusta ó no á esta medida sin dejar de ser suficiente. Puede serlo, so-

bre todo, si el que la sufre está convencido de que los que le castigan son compasivos é indulgentes para con él, y no ceden sino á una necesidad que deploran (1).

Pudiendo los delitos de un mismo nombre variar considerablemente en cuanto al grado de daño y de culpabilidad, sería un mal sistema penal el que no fuese susceptible de tantos grados como puede haber en el mismo delito. Volveremos á ocuparnos de esto en el siguiente capítulo.

Conviene tambien que el legislador, el juez, el culpable, el público, la sociedad, en fin, comparen los delitos y las penas. Esta comparacion puede ser muy útil á la sociedad, á causa de la eleccion posible de medios criminales para llegar á un mismo fin (2).

Es ademas una cualidad en la pena la de poder ser perdonada en el caso en que haya sido supérflua ó demasiado severa, ó tambien cuando se hubiere reconocido error en el tribunal.

La pena para los unos, la impunidad para los otros, diferentes penas para los mismos delitos, segun la condicion de las personas, tal ha sido siempre, con poca diferencia, el estado de las sociedades, sobre todo de las sociedades antiguas, de la Edad Media, y de las sociedades asiáticas; en una palabra, de todas las sociedades constituidas sobre el principio de la desigualdad. Y no es que la igualdad material ó aparente sea mucho más justa en derecho civil, sino que, si la igualdad proporcional es de ordinario la única admisible por ser la única que se aproxima á la igualdad absoluta, verdadera, se ha aplicado con demasiada frecuencia en sentido contrario á la realidad; puesto que era más dura para el ménos culpable, y más leve para el más criminal.

Hubiera sido mejor una igualdad ciega y brutal, una igualdad absoluta para el mismo delito, sin excepcion de personas, que una igualdad proporcional, cuya aplicacion se ha hecho en sentido inverso.

---

(1) Véase sobre la proporcion entre los delitos y las penas y sobre lo arbitrario de los castigos: Romagnosi, *Genesi del dritto penale*, t. I, pág. 128-178 y pág. 244-293, t. II, pág. 381-387; ed. Firenz, 1834. Cibrario, *della Economía politica del medio evo*, t. II, pág. 93-104. Rosshirt, *Geschite der Deutschenstrafrecht*, t. I, p. 23; , *Ens. hist. sobre las leyes*, p. 118; Alb. Du Bois, ob. cit., t. II, p. 379, etc.

(2) V. Bentham, *Teoría de las penas*, I, p. 41 y 42.

Los pueblos salvajes no están al abrigo de este abuso; en ninguna parte es más venal la justicia. Hay que ganar al príncipe, al juez, al sacerdote, para obtener una sombra de justicia; de aquí que el mayor malvado puede alcanzar la impunidad (1). Veremos de esto más de un ejemplo.

Se conoce el criterio de Solon sobre las leyes, sobre su fuerza contra los débiles y su impotencia contra los fuertes.

En Roma variaban las penas segun la condicion del acusado, áun bajo el despotismo imperial (2), pero siempre para herir con más fuerza al débil.

Las leyes de los bárbaros, las de los tiempos feudales, la Carolina, las ordenanzas de los reyes de Francia, los estatutos de los reyes de Inglaterra, en general, todas las legislaciones europeas llevaban impresa esta inícua distincion. Los países donde hay esclavos, como Rusia, y gran parte de los del Nuevo Mundo han conservado en sus códigos penales diferencias que no son sino una consecuencia casi forzosa de la injusticia de las leyes civiles sobre el estado de las personas.

No están todavía muy distantes los tiempos en que los plebeyos eran condenados á seis años de galeras por una ordenanza del más popular de nuestros reyes (3), si tiraban con el arcabuz á una legua de distancia de las selvas, parques, bosques y cotos de la corona (4).

Otra ordenanza del mismo príncipe llega hasta castigar las reincidencias, en materia de caza, con destierro perpétuo, confiscacion de bienes, y áun con la última pena.

Felipe Augusto condenaba al blasfemo á pagar algunos sueldos de multa si era noble, y á ser ahogado si era plebeyo. Una ordenanza de Cárlos IX, dada en Tolosa en 3 de Febrero de 1566, despues de haber prohibido vender durante la Cuaresma toda clase de carne, escepto para los hospitales y los enfermos, añade: *Los contraventores pagarán una multa de cien escudos, si tienen de qué, y sino serán azotados en las encrucijadas de las calles donde habiten* (5).

---

(1) *Hist. de los viag.*, t. IV, p. 193.
(2) XII Tab.; D., lib., 48, tit. 8, 1, 3, pár. 5, 1, 16; tit. 19, 1, 15, 28 y 38, pár. 2 y sig. Cod. lib. 9, tít. 13, D. lib. 48, t. 50, l. 24. Cod. l. t. 9, l, 4 y 31. *Novel.* 77 y 141.—V. tambien la primera carta de Séneca.
(3) Orden. de 1607.
(4) Orden. de 1601.
(5) Pastoret, *Leyes penales*, IV, p. 86.

Un criado, convicto de haber tenido comercio criminal con su señora, era condenado á muerte y ella perdonada (1).

Hemos dicho que, la eficacia de los castigos está asegurada, no sólamente por la justicia de la pena, sino tambien por la seguridad de que será juzgado, por la probabilidad mayor de que el delito será conocido y el autor convenientemente perseguido. Se ha notado tambien que no es el rigor de las penas, sino su certeza lo que contiene á los malhechores.

Ademas, estaremos libres de los atentados de un criminal, al ménos durante el tiempo de su pena, si ésta consiste en la privacion de la libertad ó en el destierro. Bajo el punto de vista de la seguridad no hay pena comparable con la de muerte; pero conviene que sea jurídicamente posible y socialmente necesaria. No es tampoco divisible, ni conmensurable, ni remisible. En esto consisten los grandes defectos que deben hacer al juez más circunspecto en su aplicacion. Despues hablaremos de esto.

Si la pena fuera propia para hacer entrar al culpable en sí mismo, para corregirle, alcanzaría el mayor grado posible de eficacia en lo que á ella se refiere. Si la publicidad de la pena intimidase á todos los que desgraciadamente se viesen inclinados á incurrir en ella, la eficacia sería mucho mayor todavía, aunque quizá ménos sensible. Basta, por lo demás, para que sea eficaz con respecto á esto, que sea de tal naturaleza, que produzca una saludable impresion en el espíritu del pueblo, sin salir de los límites de la justicia. Mas para que así suceda, la pena no debe contrariar los prejuicios ni las costumbres de la época ni del país.

Se puede tambien hacer útil la pena, obligando á trabajar al detenido; de este modo será más templada, más fácilmente correctiva y ménos peligrosa para la salud intelectual, moral y física.

El indivíduo y la sociedad ganarán en esto, segun veremos al tratar del sistema penitenciario. Pero no todas las formas de utilizar la pena son igualmente justas. (2).

---

(1) Pastoret, *Leyes penales*, IV, p. 48. Cf. sobre la parcialidad ó imparcialidad de las leyes penales. Du Boys *Hist. del der. Crim.*, p. 535, 627, 642, 652, 653; el general Daumas, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, página 198.

(2) Uno de los medios de expiar su crímen segun Zoroastro, es casar á una jóven doncella con un sectario suyo (*Vendidad-Sadé*, farg. 14,

Si á las cualidades precedentes añadimos ademas que la pena debe seguir inmediatamente al delito; que el teatro del uno debe ser tambien el de la otra; que debe ser impuesta inmediatamente despues de los debates públicos y de la condenacion, y que la manera de hacerla sufrir no debe ir separada del respeto debido á la humanidad y al infortunio, tendremos todas las condiciones necesarias para la eficacia de la pena.

Lo mismo sucede con el espectáculo de las penas que con el de la muerte, la grandeza, etc.: cuanto más ordinarias son, ménos conmueven. Nueva razon para no multiplicar sin necesidad los delitos legales.

---

p. 391). Otras veces la pena era utilizada por medio de multas en provecho de la agricultura, del sacerdocio y del estado militar. *Vend. farg.*, 14, p. 388, 390 y 391.

CAPITULO XV

DE LA CUANTIDAD Ó GRADO DE LA PENA

SUMARIO.

1. Dos clases de grados en las penas.—2. Lo que tienen de comun. —3. Escala de la penalidad.—4. Grado absoluto de que no debe pasarse, cualquiera que sea la escala. —5. Escala única.—6. Elasticidad ó máximun y mínimun de la pena.—7. Divisibilidad de la mayor parte de las penas.—8. Inconveniente de la elasticidad de las penas.—9. Otro inconveniente.—10. Contradiccion aparente.—11. Algunas escalas de delitos.—12. De la clasificacion de faltas.

Los grados de la pena son de dos clases, segun que se trate de la proporcion de las penas entre sí,—y que debe seguir á la de los delitos,—ó de la proporcion de una pena dada, impuesta al grado de culpabilidad legal de un delito determinado. La primera especie de cantidad constituye lo que se llama escala de la penalidad; la segunda es más bien la justicia proporcional de una pena particular.

Una y otra especie de cantidad responden á una idea comun: la intensidad de las penas es diversa, ya se compare á una ó á otra especie de penas, ó á un grado ó á otro de una pena de la misma naturaleza.

La escala de la penalidad tiene un límite natural, que no se puede franquear sin violar el principio de la justa reciprocidad; pero puede ser inferior. Si se quiere guardar una perfecta proporcion entre una y otra pena, es necesario restar de una misma cantidad cada especie de pena, sin llegar á su más elevado nivel. El sistema de penalidad tiene entónces una templanza uniforme.

Pero no siendo siempre fácil determinar esta proporcion, debemos decir que no es necesaria; circunstancias particulares pueden permitir al legislador ser más ó ménos circunspecto en el castigo que impone á tal ó cual delito.

Lo principal en un sistema penal es no exceder al prin-

cipio de reciprocidad ó de justicia; lo demás depende de circunstancias, sobre todo del interés público. Si el legislador elige las penas segun el principio de analogía, y las mide segun el de reciprocidad, su sistema penal estará distribuido en cierto número de escalas diversas, y todos los grados irán marcados por sí mismos. Con estos dos principios la escala de la penalidad se construye sin esfuerzo, y se obtiene por medio de consecuencias necesarias.

Pero si no se admite más que un solo género de penas, por ejemplo, la privacion de la libertad, sólo se tiene una escala única, en la que el grado asignable á cada delito está determinado más ó ménos arbitrariamente, por falta de analogía bastante visible entre la pena y el delito. Entónces la construccion de la escala reclama grande atencion y presenta dificultades muy sérias.

No debemos, pues, ocuparnos todavía de la eleccion de las penas, ni por consiguiente de las relaciones que tienen entre sí, y con las diferentes especies de delitos. Nuestro objeto, por ahora, es demostrar la necesidad de dar á cada pena cierta elasticidad que permita al juez ajustarla, en cada especie de delito, al grado exacto de culpabilidad legal.

Siempre se ha sentido la necesidad de esta proporcion en la pena (1); pero no siempre se ha observado con fidelidad. Ya se han castigado muy severamente delitos que no lo eran, dejando impunes verdaderos crímenes; ya se ha impuesto la misma pena á delitos que casi no tenían de comun más que el nombre; ya, en fin, no se ha guardado más que una cierta medida, ó nos hemos dejado arrastrar des-

---

(1) «Despues de asegurarse de las circunstancias agravantes de lugar y de momento (por ejemplo, de la reincidencia); despues de haber examinado las facultades del culpable y del crímen, debe el rey hacer sufrir el castigo á los que lo merecen.» (Leyes de Manu, VIII, 126, 324. —*Vendidad-Sadé*, p. 193:—*Pœna debet commensurari delicto*, I. 11 y 13; D., *De Pœnis;* l. 1, Cod. Theod., *De crimn. pecul.*)

En las leyes de Manu hay una intencion marcada de graduar las penas, no solamente segun la naturaleza de los delitos, sino segun la condicion de los culpables. Una especie de paternidad parece exigir que se imponga con cierto pesar, en la extricta medida á que estén sujetas: el juez empezará por la reprension; se elevará despues, si es necesario, á una reprension severa, despues á la multa, á la pena aflictiva, y, por último, á las cuatro penas á la vez en caso de nueva reincidencia.

Las tres últimas castas pueden ser castigadas en diez partes del cuerpo: genitales, vientre, lengua, manos, pies, ojos, nariz, orejas, en los bienes y en todo el cuerpo (pena capital.)

pues de habernos contenido quizá demasiado tiempo (2).

La diferencia en más ó en ménos en los delitos de la misma naturaleza, es la razon del máximum y del mínimum en las penas.

Puesto que la esencia de los delitos es siempre determinada ó determinable, que un delito es de esta especie y no de otra, conviene imponerle el género de pena que le corresponda. Pero es necesario tambien que el grado de culpabilidad sirva de medida al grado de pena.

Son, pues, malas clases de penas, las que son indivisibles, ó no son susceptibles de disminucion ó agravacion, segun la manera como se impongan.

Todas las penas que deban sufrirse durante un tiempo más ó ménos largo, y aumentarse indefinitivamente sin alterar su naturaleza, como las de privacion de libertad y los de multa, se prestan muy bien á estas exigencias.

Ciertas penas aflictivas, las de látigo, azotes y disciplinas, se prestan igualmente á esto. Pero esta especie de penas es tambien divisible en intensidad, y no es conveniente que el ejecutor sea libre, como lo es en ciertos paises, de atenuar ó aligerar la pena por la manera de aplicarla. Es un mal y un escándalo que pueda hacer ilusorias las sentencias de los tribunales, por medio de un cálculo odioso. Un desgraciado que sufre, que no puede sobornarle, ó que no tiene amigos, que no encuentra en el público, testigo de su suplicio, simpatías bastante eficaces para protegerle contra el rigor de la pena, la sufrirá en una medida tanto más rigurosa, cuanto más cara pudiera costarle la indulgencia; la humanidad sería en tal caso un mal ejemplo.

La pena de muerte es la que más se opone á la divisibilidad, á no ser que se la quiera convertir en suplicio. Pero, si el espíritu público no lo repugnare, se la podría rodear de un aparato, que sin agravar los sufrimientos, sin convertirla en suplicio, aumentara su efecto moral. Debe, en todo caso, no ser más que un mínimum necesario. Ya lo hemos dicho.

---

(2) «(El rey) que castigase por medio de una simple reprension, despues, por medio de censuras severas, por tercera vez, con una multa, por último, con un castigo corporal» (VIII, 129). Pero cuando ni aun con castigos corporales logre reprimir á los culpables, debe aplicarles las cuatro penas á la vez.» *Leyes de Manu*, t. VIII, 129 y 130.)

Las penas infamantes son tambien susceptibles de más y de ménos.

No hay penas que no puedan ser modificadas en sentido contrario, y que no se presten á un mínimum y á un máximum.

Hay más de un inconveniente en esta elasticidad de la pena, pues su grado puede quedar al arbitrio del juez; pero este inconveniente es incomparablemente menor que el de la unidad absoluta en la medida de la pena. ¿Qué interés, pues, podría tener el juez en no seguir en la estimacion del grado de la pena el dictado de su conciencia?

Sería necesario que fuese doblemente venal y corrompido para imponer una pena inmerecida á quien no hubiera podido ni querido sobornar su culucipable clemencia. Que en ciertos paises venda el juez su sentencia de absolucion, se concibe; pero es ménos de temer que prescinda de sus deberes pasando el límite de la pena dictada por la ley, contra el acusado que no trata de corromperle; pues sería necesario, para que esto ocurriese, que tuviera la costumbre de vender la justicia criminal, y que no tuviese que temer, por su culpable tráfico, el ejemplo de una sola condenacion merecida y no pronunciada, es decir, de una pena que le hubiera sido impuesta y que no hubiera sido aplicada. Si le ocurriera una sola vez condenar despues de haber recibido el precio de una absolucion que sólo debe darse al inocente, nadie se fiaría de sobornarle otra vez.

Aun en las causas políticas mismas, ¿un tribunal criminal no debe sobreponer la justicia al interés de partido? ¿Compónese acaso generalmente de hombres de la misma opinion? ¿No está sometido él mismo al juicio del público? ¿No podría ser parcialmente rechazado por el criminal, valiéndose de la recusacion? Con esta latitud, todavía puede suceder que un delito, en apariencia más grave y considerado bajo su punto de vista material, se castigue con una pena inferior á la de un delito ménos grave. En otros términos, dos delitos considerados en sí mismos más grave el uno que el otro, el mínimum del primero puede estar bajo el máximum del segundo. En otros términos, y valiéndonos de un ejemplo, una tentativa de homicidio, un asesinato, puede ser cometido con circunstancias tan atenuantes, —sin que haya no obstante inocencia,— que el que de él se ha hecho culpable, sea mucho ménos severamente castiga-

do, que el que á sangre fria, por ferocidad, mutila á su semejante. Y sin embargo, el asesinato es en sí un crímen mayor que la mutilacion.

Esta contradiccion no es aparente sino para dos delitos análogos; pues para los que nada tienen de comun, cuando hay obligacion de castigarlos con una misma especie de pena, por ejemplo, el robo y el ultraje, la contradiccion nada tiene de especiosa, puesto que no se comparan ya los dos delitos, ni se considera el uno inferior al otro.

Por lo demás, la contradiccion es sólo aparente; recae más bien sobre las palabras que sobre las cosas, y así es que no deberíamos fijarnos en las denominaciones, sino en las intenciones, en la reflexìon, y sobre todo, en el grado del perjuicio ocasionado voluntariamente; en una palabra, deberíamos examinar las acciones en todas sus circunstancias, puesto que sólo en ellas está la realidad, el hecho, la verdad.

Se ha supuesto falsamente que no hay más que una sola escala de delitos, cuando, por el contrario, hay tantas como clases de delitos, y estas escalas son más bien paralelas que unilineales ó sucesivamente conjuntas. Por lo demás, en la misma clase de delitos, los grados no son realmente distintos y progresivos, sino en tanto que las circunstancias y los delitos son diferentes; mas cuando sólo el delito es materialmente el mismo, ó cuando siendo éste materialmente diferente, las circunstancias esenciales varían, entónces la progresion no tiene ya esa regularidad, que puede tener en el caso en que los hechos análogos son materialmente más graves los unos que los otros, y en que los más graves están acompañados de circunstancias, igualmente ó más ó ménos reprensibles, y en el mismo grado.

Trátase, como se ve, de la prestacion de la culpa en materia criminal, cuestion que si es harto delicada en la aplicacion en materia civil, no lo es ménos en la criminal.

Al parecer, se podría distinguir con Filangieri (1) tres grados de culpabilidad, segun que no hubiese en ella más que imprudencia, ó sólo voluntad indeliberada, poco ilus-

---

(1) Algo análago se practicaba otras veces en China. V. el *Chou-King*, edic. del Panth. lit., c. XXII, 15, 16 y 17.

trada, poco libre, ó bien, por el contrario, voluntad deliberada de hacer el mal. De este modo habría en cada órden de delitos tres grados de culpabilidad; y como tambien podría haber diferencias importantes en cada grado, sería bueno que el juez pudiese moverse dentro de él en una gran escala de penalidad entre un mínimum y un máximum.

CAPITULO XVI

DE LAS DIVERSAS INFLUENCIAS QUE MODIFICAN LAS LEYES CRIMINALES.—INFLUENCIA DE LAS RAZAS.

SUMARIO.

1. No es posible enumerar todas las influencias.—2. Las principales.—Las razas. El número de éstas no se halla rigurosamente determinado.—4. Tres principales.—5. Cinco grandes divisiones de la raza caucásica.—6. Sus ramas.—7. Superioridad de la raza caucásica por sus costumbres y sus leyes como por su inteligencia.—Inferioridad intelectual de la raza negra con respecto á la mongólica. Si su superioridad moral es tan cierta. La rama malaya.—9. Causa de la inferioridad de ciertas ramas de la raza caucásica. Influencia del clima.—10. La pelásgica ocupa, sin contradiccion, el primer puesto entre las ramas caucásicas.—11. Las instituciones políticas y religiosas, léjos de dar la razon de estas diferencias en la misma raza, suponen una diferencia original ó de constitucion y quizá de clima.—12. Excepcion en favor de la rama germánica. Modo de explicarla.—13. La rama semítica; sus leyes crueles. Excepciones.—14. La escítica es más espontánea, ménos sistemáticamente cruel que la semítica.—15. Conclusion.

No pretendemos designar todas las influencias que modifican las leyes criminales. Las hay entre ellas accidentales, que ni se pueden prever ni enumerar, las cuales motivan medidas temporales ó de tal modo especiales, que es, por otra parte, inútil ocuparse de ellas en un trabajo que tiene un carácter esencialmente general. Hay ademas otras que pueden tenerse por circunstancias permanentes, tales como el clima, los productos del suelo, etc., y que tampoco tienen un interés teórico muy pronunciado. En general, las circunstancias extrañas á la voluntad humana, interesan ménos que las que de ella dependen, si bien es cierto que las leyes inspiradas por circunstancias fatales, tienen sin embargo su aspecto libre, y en este sentido no son indignas de que fijemos en ellas nuestra atencion.

Con todo, obligados como estamos á ser concisos, no nos detendremos sino en las influencias más poderosas y comunes, las cuales se refieren á la raza, á la civilizacion, á las

instituciones políticas, civiles y religiosas; á las relaciones con los pueblos vecinos, y por último, á la combinacion de todas estas influeucias reunidas.

Los naturalistas todavía no están de acuerdo acerca del número de las razas; unos, tales como Blumenbach y Lawrence, admiten cinco: la caucásica, la mongólica, la negra, la africana y la malaya; otros, tales como Cuvier, Lacépède, Linck, Schlosser, etc., no admiten más que tres: la europeo-árabe ó caucásica, la mongólica, y la negra ó la etiópica. Nosotros seguiremos esta última division, como más sencilla, salvo distinguir las ramas naturales en cada una de las tres grandes razas.

Así, la raza caucásica presenta cinco grandes divisiones ó ramas: la armenia, la indo-persa, la semítica ó aramea, la pelásgica y la escítica.

La rama armenia se extendía por el Oeste del mar Caspio á través de la Armenia, y al Este, por las estériles regiones que ocuparon más tarde los Parthos.

La rama indo-persa se extendía al Sur desde del mar Caspio, siguiendo la cadena de montañas hasta la Bactriana al Norte (Imaus), y al Este, al través de la Persia oriental hasta las Indias. Su núcleo principal eran las montañas de donde toman su orígen el Sihon (Yaxarts) y el Amu-Darya (el Oxus), hasta el Paropamiso y el Imaus occidental, hasta Sarmakanda, Buchara y Chiva. Esta rama de la raza caucásica es verdaderamente pariente de la germánica, más jóven que ella, que no comienza á figurar sino más tarde en la historia. No hay seguridad de que sea pariente próxima de la rama céltica, más antigua que la germánica, y que llegó á ser poderosa en todo el Oeste de Europa. Hay igual incertidumbre acerca de si se estableció en la Tracia, la Macedonia y el Asia Menor, donde, en tal caso, habría fundado un establecimiento considerable.

La rama semítica se dirigió hácia el Sud; se extendió sobre el Eufrates y el Tigris, fundó desde muy antiguo reinos en Asiria, Babilonia y Media, de una parte; en Fenicia, Palestina y Siria, de otra, y se mezcló indudablemente de un lado con los Egipcios (con la casta sacerdotal?), y de otro con la raza etiópica, atravesando el estrecho de Bab-el-Mandeb.

La rama pelásgica se extendió más bien por el Oeste, y fundó sus principales establecimientos en el Asia Anterior

(Frigia?), de donde, mezclándose con la rama semítica (Fenicios), implantó sus ramas por tierra y por mar en Europa, en las islas del mar Egeo, del Mediterráneo, en Tracia, Grecia é Italia.

La rama escítica, la última de la raza caucásica, que comprende los Tártaros ó Turcos, se estableció en las estepas en armonía con la vida nómada, entre el mar Caspio, el Volga y el Danubio; mezclóse aquí, como en otros lugares, con la raza mongólica, y de este modo dió orígen á muchísimas variedades: á los Filandeses, los Magyares ó Húngaros, y á los diversos pueblos de la Siberia.

La raza mongólica se extiende al Este del Asia, y comprende la China, la India oriental, el Thibet y el Japon. Su rama nómada, los Kalmukos, unida á la rama escítica, ha hecho frecuentes invasiones armadas en el Oeste. Tambien se puede considerar á los habitantes del Norte de América, en Europa los Fineses, los Lapones y los Groenlandeses, como ramas de la raza mongólica.

La raza etiópica ocupa la parte central y la meridional del Africa, á partir de las montañas de la Luna, y se mezcla en la Nubia y las comarcas vecinas con la raza semítico-caucásica, representada por los Arabes. Hallándose por lo demás, circunscrita á su país originario, á ménos que consideremos la rama malaya que se extiende por Málaca, las islas de la India oriental y la Australia, así como tambien por la India oriental misma, como una ramificacion de ella (1).

No hay, sin duda alguna, temeridad en decir que las tres grandes razas humanas no son igualmente civilizables, puesto que no son igualmente civilizadas. Más sería muy atrevido afirmar que sus leyes ó sus costumbres penales son tanto más severas cuanto más bárbaras son estas razas, y que esta severidad tan extremada es la consecuencia de una perversidad cada vez más arraigada.

Se puede decir, sin embargo, sin faltar á la verosimilitud, que la raza caucásica es superior en moralidad á la negra y á la mongólica. ¿Se puede igualmente poner á la raza mongólica por bajo de la negra? En cuanto á la inteligencia, ningun pueblo negro ha llegado á tanta altura como el pue-

---

(1) V. G. Graff, *Abriss. des alt. Gestchicht. des Orients*, in-8.º Mainz 1829, p. 1-4.

blo chino. La raza mongólica es, pues, superior, y lo sería tambien indudablemente si se comparase la moralidad de la una con la de la otra. Más si se hace descender á la rama malaya, de la mongólica y se la compara con la etiópica, no hay duda que la ventaja no es de esta última.

Si, por el contrario, se considera la rama malaya como proveniente de la etiópica, este vástago estará por bajo de la rama madre. Si es un producto de la mongólica ingerta en la negra, las causantes valdrán más que el vástago ingerto. La rama malaya es la ménos civilizada, la más feroz y cruel.

En la raza caucásica las ramas se parecen tanto ménos, cuanto más lejanas están del tronco, y más alteradas por su mezcla con otras incontestablemente inferiores. La rama oriental ó asiática es ménos moral y más cruel que la occidental; la del mediodía más que la del norte; lo cual es, sin duda, efecto del clima.

Comparando entre sí las diferentes ramas de la raza caucásica, y, aun sin salir de los tiempos antiguos, se encuentra que las dos ramas puramente asiáticas, la indo-persa y aramea ó semítica, tienen leyes y costumbres criminales mucho más bárbaras que la armenia, la escítica, y, sobre todo, la pelásgica.

Pudiera creerse que la diferencia se refiere á las instituciones políticas y religiosas. La India y la Persia estaban constituidas despóticamente, y la Grecia se había constituido en república. La religion india y la persa desde muy antiguo tenían mucho más del panteismo y de la astrología que la griega; sus dioses se aproximaban ménos al hombre, tenían ménos cualidades de éste, y eran séres ménos morales. Por consiguiente, las religiones de la India y de la Persia tenían ménos influencia moral que la idolatría griega. Verdad es que unos dioses sin virtudes, no humanos, eran tambien dioses sin defectos. Mas el hombre, aun atribuyendo sus vicios á los dioses, les concede tambien más ampliamente sus virtudes. Por otra parte, los vicios de las divinidades paganas, más bien que vicios, eran actos arbitrarios de su omnipotencia; los dioses estaban naturalmente por encima de las leyes destinadas á regir á los mortales.

Apresurémonos á decirlo, sin embargo: todas las influencias sacadas de la constitucion interior de un pueblo, de sus instituciones diversas, de sus creencias, de su civilizacion

propia, y las influencias mismas que sufre de fuera no son en realidad más que causas secundarias; la raza, sus disposiciones y aptitudes nativas, tal es la causa verdaderamente primera y que, bien conocida, da razon de todas las demás. Más es muy difícil, imposible quizá, penetrar en el carácter distintivo de las razas en este punto, hacer ver en ellas efectos en sus causas. La superioridad intelectual y moral de las ramas pelasgica é indo-persica sobre las demás de la raza caucásica se ha conservado hasta nuestros dias.

Preséntase una sola excepcion en favor de la rama gérmánica; mas esta excepcion se explica por la influencia de la rama greco-romana, que le impuso su civilizacion. La rama aramea ó semítica, de la cual los Israelitas son la manifestacion más importante en la historia de los progresos de la humanidad, no ha tenido su rápido desarrollo sino al contacto y bajo la influencia de la civilizacion greco-romana.

Hasta el cristianismo en su gérmen, debe quizá más de lo que se cree á Grecia por los Esenianos y los Therapeutas, y más tarde por el platonismo y el peripatetismo.

La rama semítica puramente oriental se distingue por lo terrible de sus suplicios y por su número (1).

El antíguo Egipto brilla, por el contrario, por una rara sabiduría en sus leyes penales: la administracion gratuita de la justicia, la composicion de los tribunales, la manera sencilla, y sin embárgo solemne, con que los jueces querían que los procesos fuesen tramitados en su presencia, la supresion de la pena de muerte, etc., etc. Estas instituciones egipcias no dejaron de tener influencia sobre las de los Israelitas y los Pelasgos, y sobre la de Atenas misma. El Areópago conservó de ella tradicciones no dudosas.

A pesar de la lisonjera pintura que Justino nos ha dejado de los antiguos Escitas (2), generalmente no han gozado de tan buena reputacion como los antíguos Germanos. Esos bárbaros del norte se alimentaban de carne humana, y sacrificaban hombres á sus monstruosas divinidades. Los antropófagos, que habitaban la region conocida hoy con el

---

(1) Se puede ver su enumeracion y descripcion en la *Historia de las legislaciones*, por Pastoret.
(2) Justin., *Hist.*, lib. II, 2.

nombre de Gran Lithuania no conocían, dicen los historiadores, ley ni justicia. Sin embargo, no todos los Escitas, ni todos los Sármatas eran tan bárbaros.

Mas las invasiones de los Godos y los Hunos en los siglos IV y V, la de los Húngaros en el X, y más tarde, las devastaciones de los Mogoles y Tártaros en Europa no eran las más adecuadas para hacer variar la tradicion que los antiguos Escitas habían dejado de sus costumbres groseras y de su ferocidad.

Queda, pues, sentado que la rama pelásgica, y despues de ella quizá la indo-persa, son, entre las de la raza caucásica, aquellas cuyas costumbres fueron más dulces y sus penas las más moderadas. Hoy mismo, si se compara á los pueblos que representan estos dos orígenes, es decir, de un lado todos los del Centro, del Mediodia y una parte del Oeste de Europa, con los del Norte y el Este, tambien de la Europa, y con los del Norte de Asia, se encontrará una diferencia análoga. La raza mogola aventaja poco á la rama escítica, siendo difícil concebír costumbres más duras, y leyes penales más terribles que las que reinan todavía en el Japon. Mas esta raza presenta grandes diferencias en sus variedades. Así, los Chinos, á pesar de su inmensa poblacion y su extrema miseria, distan mucho de ser tan feroces como los Japoneses. Los antiguos habitantes del Norte de América, que pasan por tener el mismo orígen, eran más salvajes sin duda, pero no más crueles. Si los antiguos Mejicanos pudiesen ser considerados como descendientes de la misma raza, la representarían de una manera más ventajosa. Sea de ello lo que quiera, todo el extremo Norte de la Europa y del Asia se resiente todavía de las costumbres primitivas de los Escitas y de los Mogolos. Así, los habitantes de la Finlandia, de orígen finés, son considerados hoy mismo demasiado amantes de la venganza; opinion confirmada desgraciadamente por el número de asesinatos que se cometen en los campos; mas al mismo tiempo se debilita por la observacion de que estos crímenes son debidos al ódio nacional del aldeano finés contra el cultivador sueco (1).

Podrían hallarse puntos de contacto más notables aún

---

(1) Malte-Brun, *Géogr. univ.*, t. III, p. 512.

entre los Rusos, los Mogolos y los Chinos; mas este paralelo traspasa nuestro objeto. Nos limitaremos, pues, á llamar la atencion del lector sobre las profundas analogías que existen entre las leyes criminales de los dos países: de una y otra parte, estas leyes son más avanzadas que las costumbres, porque los letrados de los dos países que han hecho sus códigos, tienen una civilizacion más adelantada que la masa del pueblo. Aquí, como allí, las penas políticas han sufrido la influencia del despotismo. En ámbas partes los azotes juegan un papel muy importante.

En cuanto á la raza etiópica, parece ser ménos dada á la venganza que la mogólica; pero, en general, no tiene la misma inteligencia. Un sentimiento superior de la justicia parece limitar la venganza entre los negros; y veremos entre ellos instituciones que honrarían á pueblos colocados á mayor altura en la opinion general. Mas en esta raza, como en las otras dos, hay grados considerables de pueblo á pueblo, de país á país, y estos grados son los que constituyen la escala de la civilizacion.

CAPITULO XVII.

INFLUENCIA DE LA CIVILIZACION EN GENERAL SOBRE LAS LEYES PENALES.

SUMARIO.

1.—Elementos diversos de la civilizacion.—2. Sus combinaciones; proporciones diversas.—3. Diferentes grados de civilizacion.—4. Tres grados principales.—Carácter de cada uno de ellos, segun Malte-Brun.—5. Estos caracteres no pueden tener nada de rigorosos.—6. Observaciones sobre esta materia.—7. Algunos rasgos culminantes de las naciones bárbaras.—8. De la penalidad en el estado salvaje.—Si hay un derecho penal propiamente dicho en este estado de sociedad informe.—Qué es lo que puede ser tal derecho.—9. De la penalidad en el estado bárbaro:—simplicidad excesiva de una parte, y variedad y sutileza de otra.—Leyes penales más bien que civiles:—delitos contra las personas más bien que contra las cosas.—10. El acrecentamiento de los delitos reprimidos por las leyes y la mayor severidad de las penas, son compatibles en muchos casos con un grado superior de civilizacion.—Pruebas sacadas del derecho danés y del de los francos.—11. De la penalidad en el estado de civilizacion propiamente dicha.—Lo que caracteriza al periodo de civilizacion, en contraposicion á los otros dos períodos.—12. Escala psicológica de la civilizacion.—13. Civilizacion oriental.—Montesquieu criticado.—14. Civilizacion occidental ó greco-romana.—15. Principales disposiciones penales entre los Griegos, entre los Romanos.—16. La ley y el derecho pretorio.—La inmovilidad y el progreso.—Espíritu análogo en Inglaterra.—17. Mejor manera aún de apreciar la influencia de la civilizacion sobre la penalidad.

La civilizacion se manifiesta tambien, y sobre todo, por la naturaleza de las leyes penales. Trátase pues aquí de otros elementos de la civilizacion y de su influencia sobre el derecho criminal. Estos elementos son la industria, el comercio, las ciencias, las artes, las letras, la política, la religion y la filosofía. Cuanto más desarrolladas están estas expresiones de la actividad y del génio del hombre, cuanto más se aproximan al ideal, tanto más cultas son las costumbres, y más dulces las leyes penales.

Todos estos elementos de la civilizacion pueden ser combinados en proporciones diversas; mas se ligan tan extre-

chamente, que es difícil, quizá imposible, que uno de ellos esté en gran desproporcion con los demás. No debemos, pues, de ocuparnos de los matices y resultados diversos á que pueden conducir; aquí no se trata más que de consideraciones muy generales.

Mas todas estas cosas reunidas forman, en los diversos grados de su desenvolvimiento armónico, los diferentes grados de civilizacion. Estos grados, como se comprende, son infinitos, y no se distinguen sino á condicion de considerarlos en conjunto y buscar para cada uno de ellos algun carácter saliente que sea su expresion.

Reconócense generalmente tres principales grados de civilizacion: el inferior, ó estado salvaje; el segundo grado, ó estado bárbaro, y el grado superior, ó de civilizacion. Mas ¡qué diferencias entre la civilizacion de un pueblo y la de otro, entre los diversos períodos de la de un mismo pueblo, entre dos pueblos llamados igualmente bárbaros, y aun entre tríbus salvajes de razas y países diversos! Los detalles son imposibles. Nos atendremos, pues, á los caracteres más generalmente admitidos, no olvidando que no son absolutos más que en las palabras, y que en la realidad tienen sus matices, sus grados, sus relaciones más ó ménos en armonía con todos los elementos constitutivos de la civilizacion. Sepamos igualmente que el hombre civilizado—y cuando digo hombre civilizado, podría decir tambien una nacion,—es aún bárbaro, salvaje quizá, bajo cierto aspecto, del mismo modo que el bárbaro es ya civilizado en parte, el salvaje bárbaro; y que en todos el hombre es lo que es y nada más; pero es cada vez más saliente desde el salvaje al hombre más civilizado: diferencia completamente de grado ó de cantidad, de ningun modo de naturaleza ó de cualidad.

Malte-Brun caracteriza del modo siguiente los tres grados de civilizacion:

«Los salvajes son aquellos que no conocen el arte de escribir ó de fijar sus pensamientos por medio de signos equivalentes á la escritura. Sus ideas mudables no se refieren más que á las cosas que afectan sus sentidos; gustan de adornarse de una manera que á nosotros parece ridícula; se entregan á los ejercicios corporales, y en ellos nos aventajan infinitamente. Su industria se limita ordinariamente á un poco de agricultura, á la pesca y á la caza. Sin

embargo, algunos ejecutan obras muy primorosas y tienen igualmente habitaciones cómodas y elegantes.

«La clase de los bárbaros ó semi-civilizados comprende todo pueblo que por la escritura, las leyes escritas, una religion exterior y ceremonial, y un sistema militar más estable, se ha alejado del estado salvaje. Mas los conocimientos que tal pueblo posee, no son todavía más que un cúmulo irregular de observaciones incoherentes; sus artes son ejercidas por rutina; su política se limita á la defensa momentánea de sus fronteras ó á invasiones sin plan. En general, no hay en él más que progresos lentos é inciertos, porque, aun marchando hácia la civilizacion, no tiene todavía idea alguna de este fin sublime de la existencia del género humano.

«Un pueblo civilizado es aquel que ha ordenado sus conocimientos en forma de *ciencias;* que ennoblece sus artes mecánicas hasta elevarlas á bellas-artes; que, para la expresion de sus sentimientos, ha creado las bellas-letras; un pueblo que tiene un sistema fijo de legislacion, de política y de guerra, calculado no solamente para el momento, sino tambien para los siglos venideros; un pueblo en que lareligion, libre ya de las supersticiones, no tiene más que la moral por objeto; un pueblo, en fin, que se somete al derecho natural y de gentes, considerándose en tiempo de paz como amigo de todas las demás naciones, y respetan en tiempo de guerra las propiedades de los ciudadanos armados (1).

Nada sería más fácil que discutir sobre estos caractéres; pero preferimos darlos por lo que valgan, absteniéndonos de intentar caracterizarlos mejor.

Puesto que lo que se ha de decir es vago é incompleto, en atencion á que nada hay claramente determinado por la naturaleza de las cosas, no intentaremos salir de esta vaguedad por temor de salir al mismo tiempo de la realidad y de la verdad. Nos bastará considerar generalmente á un pueblo como salvaje, á otro como bárbaro, á un tercero, como civilizado, para poder así verificarlo. La costumbre será nuestra regla en este punto.

Convengamos que no habría en el mundo un sólo pueblo que pudiese pasar por civilizado, si se tomasen en rigor los caracteres de la civilizacion como los presenta el ilustre geó-

(1) *Geog. univ*, I, 587 y sig.

grafo. No daremos de esto más que una razon: una religion estaría exenta de supersticion, si el pueblo que la practica no la introdujese. «Todas las religiones, dice de Maistre, tienden á los mitos.»

Pero hay esta diferencia; que unas tienden más que otras, á éstos y á las prácticas absurdas. Las que ménos se prestan á la supersticion y al fanatismo son las más perfectas, áun cuando sean mal entendidas por la clase ignorante de los que la profesan.

No nos engañemos: por la parte inteligente de una nacion es por la que hay que juzgar su civilizacion, sobre todo, cuando esta parte es considerable y poderosa, de otro modo, bastaría descender hasta lo último, para encontrar siempre la barbarie en el seno de los pueblos más civilizados.

Es cierto que una nacion debe pasar por más civilizada que otra, si la masa de su poblacion, la que constituye su vida y su fuerza, es generalmente más ilustrada, áun cuando cuente ménos notabilidades científicas, literarias, artísticas, etc.

Los bárbaros son el medio entre los salvajes y los pueblos civilizados: tienen ya costumbres, pero no siempre escritas; pescan y cazan todavía, pero ya tienen rebaños y principian á cultivar la tierra; son más religiosos que los salvajes y no ménos supersticiosos, siendo su supersticion más terrible. El deismo del salvaje, es un naturalismo indeterminado, con esperanzas y temores sin objeto fijo, sin instituciones religiosas para aplacar á la divinidad ó hacerla propicia, sin sacerdocio y sin culto público. Los bárbaros, por el contrario, son generalmente gobernados por sacerdotes; la idea religiosa parece ser el primer freno que sirve para disciplinar al hombre, para someterle á una autoridad humana á nombre de una autoridad divina. Los Alanos, de quien nos habla Amiano Marcelino, eran salvajes feroces. Cifraban su gloria en la fuerza física, en el desprecio de la muerte, y su felicidad en esa especie de homicidio más ó ménos justo que se llama la guerra. Se hacían trofeos con los mutilados y sangrientos restos de sus enemigos (1).

---

(1) «Judicatur ibi beatus, qui in prælio profuderit animan: Senescentes enin et fortuitis mortibus mundo digressos, ut degeneres et ignavos conviciis atrocibus insectantur; nec quidquam est quod elatius jactent quam homine quolibet occiso, proque exuviis gloriosis, interfectorum avulsis capitibus detractos pelles pro phaleris jumentis accomoda bella-

Los Galos, por el contrario, segun los pinta Julio César, eran más bien bárbaros que salvajes; su gobierno era una teocracia de hierro: «Las sentencias de los Druidas, intérpretes de toda ley divina y humana, no tenían apelacion.» Desgraciado del que las desconociese. Pronunciábase su exclusion de las cosas santas; se le condenaba á la execracion pública como á un sacrílego y á un infame; le abandonaban sus parientes; su sola presencia hubiese comunicado el mal contagioso que le seguía por todas partes; se le podía despojar impunemente, herirle, matarle: para él no había ni piedad ni justicia. Ninguna consideracion, niguna clase le garantizaba contra los efectos de la excomunion. Mientras subsistió esta omnipotente arma en manos de los Druidas, su imperio fué ilimitado, y los escritores extranjeros pudieron decir, que los reyes de la Galia, en sus dorados asientos, en medio de todas las pompas de su magnificencia, eran los ministros y servidores de sus sacerdotes (1).

Otro rasgo de las naciones bárbaras, despues que han renunciado á la venganza personal, es, ser pleitistas y propensas á querellas, sobre todo y con toda especie de motivos. Este espíritu de intolerancia, esa necesidad de recriminacion en todo, de no sufrir nada, es un resto de susceptibilidad salvaje que cree ver un peligro, un acto de hostilidad en todo lo que sucede y le afecta. Carece del sentimiento de union, y del espíritu de abnegacion y de sacrificio. En

---

toriis. Nec templum apud eos visitur, aut delubrum, etc. (Amm. Marceli, XXXV, 1, 2).

(1) Cæsar., *de Bell. Gall.*, VI, 13. Dio. Chrysos.. *Orat*, 49, en la *Hist. de los Galos*, par M. Amédée Thierry, t. II, p. 107. Hé aqui una pintura análoga de las costumbres de los Galos por Klimrath. «Los Druidas juzgaban las causas capitales; prodigábase la pena de muerte y todos los suplicios; los criminales condenados á muerte, se conservaban durante muchos años para servir para los sacrificios humanos autorizados por la religion druídica. Las otras penas eran la mutilacion, la confiscacion, el destierro, la excomunion, la multa, etc. Aspirar á la tiranía, pasarse al enemigo, divulgar los negocios públicos, propalar falsas noticias, eran crímenes severamente castigados; el sacrilegio y la desobediencia á los mandatos de los Druidas, no lo eran ménos. El robo, el asalto, el asesinato, eran castigados con la muerte. La costumbre autorizaba el duelo, las pendencias sangrientas, el homicio cometido con consentimiento de la víctima, y los sacrificios humanos; para éstos se preferían culpables, y en su defecto inocentes prisioneros de guerra, esclavos, clientes, que en los tiempos más remotos eran inmolados sobre la tumba de su patrono ó amo. Imponíanse penas leves al jóven cuya gordura excedía la medida de cierto ceñidor, y al que perturbaba obstinadamente el silencio en las asambleas públicas.

vez de estos nobles sentimientos reina el más pronunciado egoismo, y con él un antagonismo pronto siempre á aparecer. Estas disposiciones de espíritu tienen su aplicacion y hasta cierto punto su excusa en la debilidad y en el temor. Parece que la generosidad no pertenece sino á la fuerza. ¿Cómo, en efecto, podría perdonar la debilidad?

¿No es necesario poder castigar para ser benigno? El indivíduo, pues, abandonado á sus propias fuerzas nunca ha estado seguro. Lo mismo sucede entre las familias: la más poderosa puede, sin duda, sucumbir por la astucia de la más débil. Este estado de aislamiento más ó ménos pronunciado da la conviccion de que no hay enemigo pequeño. Tambien vemos en países donde la civilizacion no ha podido hacer penetrar todavía el espíritu de solidaridad, y por consiguiente, el espíritu verdaderamente social, estas huellas de salvagismo ó de barbarie. La venganza de la sangre, la venganza hereditaria y doméstica que es ya un progreso sobre la venganza personal, como entre los Ossetas (1), es todavía esta misma venganza hereditaria ya templada por una justicia civil, y reunida á la pasion por las querellas judiciales, como entre los Jakoutas (2).

Hay poca diferencia entre las costumbres de los pueblos salvajes y bárbaros que viven al lado de la civilizacion moderna, y las costumbres de los pueblos primitivos ó antíguos cuya historia nos ha conservado la tradicion, tales como los Escitas y Germanos. M. Guizot ha notado y probado la justicia de esta observacion, relacionando lo que nos dice Tácito de los Germanos y lo que refieren los viajeros de los diferentes pueblos que todavía no ha trasformado la civilizacion (3).

Basta, por otra parte, comparar la legislacion bárbara áun con las modificaciones que ha recibido del espíritu cristiano y de los reyes ó emperadores que la han reunido, con la pintura de las costumbres de los Germanos por Tácito, para admirarse todavía de esta semejanza aunque quizá en menor grado. Tácito deja mucho que desear, sin duda, so-

(1) Faugere, *Gabinete de lect.*, 30 Decembre, 1837.
(2) Kormine et Mationchkrine, *Voyage parmi les peuples de la Russie asiatique*, etc., trad. fr. par le prince Emm. Galitzin, 2 tom. in 8.°, Paris, 1843.
(3) *Historie de la civil. en Francia*, t. I, p. 214 et sig., et Rocce, *Uber das Gerichtwesen der Germanen.*

bre las costumbres judiciales de los Germanos; pero si se tiene presente que estos pueblos casi nómadas llevaban una vida simple sin ser templada; que las querellas eran frecuentes, violentas y hasta crueles; que el valor era su primera virtud, la libertad su primera necesidad; que su ignorancia ofrecía un campo vasto á la supersticion; que sus sacerdotes, sin tener la misma autoridad que los Druidas entre los Galos, gozaban, sin embargo, de un ascendiente mayor, será fácil comprender que los bárbaros, sus descendientes, tuviesen costumbres y leyes penales en armonía con la grosera sencillez de estas costumbres; que las leyes penales relativas á los delitos contra las personas fuesen más numerosas; que la venganza no cediera sino al interés; que debió trasformarse más bien que desaparecer, y que las contiendas judiciales no dejaba de existir en las costumbres de los Germanos ni en las de los *conjuratores* (1). El carácter nacional explica la primera de estas costumbres; el espíritu de familia y de tríbu, la segunda: las afinidades de sangre son tanto más estrechas, cuanto más débiles son los lazos sociales ó políticos.

§ I.

De la penalidad en el estado salvaje.

No hay derecho criminal escrito ni aun convencional entre los salvajes propiamente dichos. No hay sino usos, ó más bien costumbres. Estas costumbres, en el mero hecho deserlo, no tienen ningun carácter jurídico. Pueden variar, no solamente de una tríbu á otra, sino tambien de una generacion á otra en la misma tríbu, de un jefe á su sucesor, y en un mismo jefe, segun su capricho y su humor en un momento dado. Con mayor motivo existe entre los salvajes en estado de familia, y, si es posible, en estado de aislamiento. En este estado de ignorancia, la nocion de derecho y de justicia no es una idea clara ni una regla, sino un sentimiento vago unido á la pasion de la venganza y, en cierto modo, sustituido por ella. La cólera, el temor, la envidia y la codi-

(1) Véase sobre esta institucion, de que ya se ha hablado y de la que todavía hablaremos, Strub. *Hist. priv.*, cap. IX, § 10, p. 760, 762, número 1; Du Boys, *Hist. del dr. crim.*, t. II, p. 216, 525; habláremos tambien sobre esto en el tomo II de la presente obra.

cia, se agregan ademas al sentimiento de la injuria recibida, y contribuyen á exasperarla y á impedir toda reflexion propia para separar la nocion de justicia penal en la eleccion y medida de la pena. El sentimiento de esta justicia existe ya; pero la idea de la medida no aparece todavía.

La debilidad de la situacion casi no permite variar la pena: se impone la que es más fácil, más segura, ménos peligrosa. De ahí nace una simplicidad y uniformidad extremas: los malos tratamientos, para los casos ménos graves sino hay que temer una séria represalía; la muerte, para las ofensas más irritantes, ó para las que no se puedan castigar de otro modo sin exponerse más.

Un género de pena muy usado todavía en ciertos pueblos es una especie de excomunion. Es de advertir que el destierro es la única pena en algunos pueblos. Los Palaos (isla Falupet, Polinesia) no recurren ni á las penas aflictivas ni á la prision contra sus mayores criminales; limítanse á mandarlos á otra isla (1).

Por lo demás, el catálogo de delitos entre los salvajes es naturalmente poco extenso: es la competencia en la apropiacion, competencia que conduce á vías de hecho; es el robo de objetos apropiados; es, en fin, el asesinato por ofensas precedentes. Los demás ultrajes podrían referirse tanto más fácilmente á uno de estos tres principales, cuanto que el matrimonio y la paternidad todavía no son en este estado, sino la situacion de un propietario que puede ser lesionado en su cosa, en su mujer ó en su hijo.

Las pruebas de todo esto resultarán del estudio particular que despues haremos de cada especie de delitos. Esta observacion se aplica del mismo modo á las reflexiones siguientes sobre las otras dos fases de la civilizacion.

§ II.

De la penalidad en el estado de barbarie.

Los bárbaros ya constituidos en cuerpo de nacion, pero no regidos todavía por un despotismo perfectamente organizado, principian á tener algo del órden y de la disciplina de

(1) *Historia de la Navegacion á las tierras australes*, t. II, p. 484.

los pueblos civilizados; pero todavía conservan mucho del génio impaciente é indisciplinado de los salvajes. Gozan de libertad por su independencia, tanto ó más que por sumision á las leyes y á la autoridad del príncipe. Esta autoridad rara vez está bien establecida. Oscila entre el amor y el ódio, va del desprecio á la admiracion, y puede á cada instante perecer por su debilidad ó por su dureza. Para existir, tiene necesidad de estar sostenida por algun sentimiento basado en un mérito superior en la persona del jefe, cuyo mérito puede consistir en la inteligencia, en el valor ó en el carácter. Los hombres que no están bastante civilizados para obedecer á las ideas, no ceden sino á un sentimiento inspirado por la grandeza. Y está grandeza que les admira, es siempre para ellos una superioridad natural, una fuerza.

Demasiado imbuidos ya en el sentimiento de la igualdad para obedecer á una superioridad convencional, necesitan superioridades reales que les contengan.

A este espíritu de igualdad deben, en parte, el principio de su legislacion, el Talion. Las necesidades y la codicia la modifican despues.

Todavía eran bárbaros los Romanos que se regían por sus Doce Tablas, donde se encuentra el Talion al lado de la composicion, donde la transaccion se extiende hasta el robo.

El carácter y reducido número de leyes penales en las Doce Tablas eran más bien principios, que una legislacion criminal propiamente dicha. Hay allí más espíritu de generalizacion y ménos detalles que en la mayor parte de las leyes bárbaras. ¿Es esto sabiduría ó impotencia; es simplicidad sistemática irreflexiva ó simplicidad por defecto de precision? Esto es lo que no puede ponerse en duda: hay en estas leyes tal majestad que no es permitido pensar que el legislador no haya sido conciso en este punto sino porque ha querido serlo. Lo demás era asunto de los jurisconsultos. Los bárbaros de los tiempos siguientes han contado ménos con los magistrados: han querido hacer fáciles las funciones de Juez, para que todos pudiesen desempeñarlas, y sobre todo, para prevenir la arbitrariedad.

La imaginacion de estos bárbaros, no avanzando á los hechos, no brilla más que en los detalles de circunstancias y no en los de la variedad de los delitos. Proceden en esto como los redactores de las Doce Tablas. Cuanto ménos numerosos son los lazos sociales, aparecen ménos compac-

tos, y son tambien ménos numerosos los puntos en que se tocan y confunden los intereses y los derechos.

Estas leyes son casi enteramente penales: más tarde toman un carácter civil. Y entre las leyes penales de los primeros tiempos, las que están destinadas á proteger las personas son más numerosas que las que tienen por objeto proteger las cosas. La razon de esta doble diferencia en el progreso de las leyes penales, es sencilla; el estado de las personas no es más que un asunto de familia, y las relaciones de familia á familia, un negocio de libre relacion en que la ley no interviene como reguladora, sino para prevenir delitos que por mucho tiempo se ha limitado á castigar. Cuando las riquezas no consisten sino en un pequeño número de semovientes que se poseen, cuando la propiedad territorial no está todavia definitivamente organizada; por último, cuando la industria y el comercio no han dado todavía á las producciones espontáneas de la naturaleza un vuelo y un valor considerables, todo atentado contra las cosas no es, en ese tiempo, sino un atentado contra las personas, un despojo, una violencia.

A medida que van desapareciendo en las legislaciones esos caracteres de las leyes primitivas, sobre todo en pueblos de un mismo orígen, más desaparece la barbarie ante la civilizacion. Este fenómeno es sensible en la comparacion de las leyes sálicas con las de los Bávaros, Ripuarios, Burguiñones, Visigodos y Lombardos; se ve que la civilizacion va de unos á otros. M. Guizot ha observado que los delitos previstos por la ley sálica se reducen casi todos á dos principales: el robo y las violencias. Estos son los dos principales derechos reconocidos por todos los hombres: el de propiedad y el de la personalidad física. La ley sálica distingue las diferentes especies de robos segun la naturaleza de su objeto. Las circunstancias de sexo, edad, lugar tiempo y valor son tomadas en consideracion en la apreciacion del delito y en la estimacion de la pena.

Los delitos contra las personas son, principalmente, los que suponen más ferocidad ó atraso en las costumbres: la mutilacion y la violacion. Sus variedades se han descrito con exactitud.

La ley ripuaria se parece mucho á la ley sálica; es más penal que civil; se refiere á dos clases de delitos, al robo y á la violencia; los delitos contra las personas parecen preo-

cupar más al legislador que los delitos contra la propiedad. La composicion desempeña en ella el mismo papel que en la ley sálica: el número de penas es casi el mismo en las dos leyes; sólo que la ley sálica lo expresa en dineros, y la ley ripuaria en sueldos. La primera entra en más detalles sobre los delitos dignos de multa, la segunda se ocupa más de la forma; la una es más bien la ley del pueblo: enseña como debe transigir y proceder en justicia; la otra es más bien la ley del juez: da hasta la fórmula de sus sentencias, no dejándole otro cuidado que el de probar la existencia y naturaleza del delito.

La ley de los Burguiñones tiene ya un carácter más civil que las dos precedentes, puesto que de trescientos cincuenta y cuatro artículos que contiene, no hay más que ciento ochenta y dos de derecho penal; un poco más de la mitad. Pero en la ley sálica hay trescientos cuarenta y tres artículos consagrados al derecho criminal, y sesenta y cinco solamente á otros objetos; en la ley ripuaria, que cuenta doscientos veinticuatro, ó doscientos setenta y siete artículos, segun los diversos modos de distribucion, ciento sesenta y cuatro tienen por objeto el derecho penal.

No consiste en esto el único carácter distintivo entre la ley Gombette y las dos precedentes: en esto no hay cuestion como en aquéllas, acerca de la diversidad de condiciones legales entre hombres de razas diferentes; en materia civil ó criminal, ofendidos y ofensores están colocados bajo el mismo pié de igualdad. Ademas, si la composicion se encuentra todavía en la ley de los Burguiñones, ha dejado de ser sólo pena: los castigos corporales, las penas morales ó infamantes tienen lugar en ella. El espíritu de invencion extravagante y cruel de la Edad Media, se descubre ya en ella los delitos son en ella más variados, y sus especies contral las personas son más reducidas.

Si pasamos de la ley de los Burgiñones á la de los Visigodos, encontraremos un progreso notable: veremos, ante todo, que es la obra de la Iglesia, la de los concilios de Toledo, verdaderas Asambleas nacionales de la Monarquía española, segun advierte el ilustre historiador de la civilizacion en Francia y en Europa. Más conocedora de las debilidades de la humanidad, más hábil para percibir las relaciones sociales, más preocupada del punto moral y religioso, más penetrada de la solidaridad humana, la Iglesia

debía inspirar leyes más benignas, más sábias, más sociales, más en armonía con la moral y la religion, más equitativas. Pero tambien las infracciones y los vicios, las faltas contra la autoridad religiosa, llamaron más su atencion.

No hay que admirarse de ver multiplicarse las penas y llegar á ser quizá más severas en los pueblos alemanes que pasan de la barbarie á la civilizacion. Este fenómeno no es propio de ellos, y hasta debemos creer que es universal. La justicia, al tener conciencia de sí misma, llega á ser más atenta, más escrupulosa. Dejará pasar ménos delitos sin castigo, y sus penas tomarán un carácter de variedad y severidad que no tenían cuando el legislador distinguía ménos, cuando no investigaba tanto la justa relacion entre la pena y el delito. ¡Qué diferencia entre la simplicidad relativa de las leyes bárbaras, y la multiplicidad de las que les han seguido desde la Edad Media hasta el siglo XVIII! Encontraremos aquí las multas y las penas corporales, pero nunca en conjunto: circunstancia digna de notar, que era ya un principio entre los Atenienses.

Grimm, en sus *Antigüedades del derecho germánico*, (1) enumera estas penas del modo siguiente:

A. Pena de muerte:

1. *Pena de horca*. La antigua poesía alemana abunda en imágenes para designar este género de muerte. Se ahorcaba de los árboles, pero no del primero que se encontraba: an einen dürren Baum und an keinen grünen (Reulters Kriegsord., p. 74-75). Se cubría la cabeza del culpable. La agravacion de pena consistía en ahorcar al reo entre dos perros ó dos lobos. (Grimm, p. 685). Esta costumbre se conservó para los Judíos hasta los siglos XIV y XV.

La ley de los Lombardos ordenaba que el culpable fuese ahorcado sobre la tumba de su víctima. (Roth, 373).

Las mujeres no eran ahorcadas, sino quemadas, ahogadas, etc.

La pena de horca era más ignominiosa y más rigorosa que la decapitacion. El que robaba de noche, era ahorcado, y si lo hacía de dia, decapitado.

2. La *rueda*. El cuerpo del culpable desarticulado por

---

(1) Deutsche Rechts Alterthümer.

una rueda, puesto entre sus radios, era elevado sobre la rueda por medio de un estaca.

3. La *decapitacion*. Con el hacha y el martillo (como se tritura la azúcar).

4. La *evisceracion* (exenterare ausdaermen, destripar), para los que cortaban árboles, y para los ladrones de arados.

5. *Cortar carne* del pecho. Pena del deudor de mala fé, V. una ley de los Burguiñones para el que roba halcones. «Si quis acceptorem alienum involare pæsumpserit, aut *sex uncias carnis acceptor ipsi super testones (pectus) comedat*, aut certe si noluerit sex solidos illi cujus acceptor est, cogatur exsolvere.» (tít. XI, Grimm, p. 690).

6. Suplicio de *estacas* (phachlen) se sujetaba al culpable á un poste y se le mataba á palos, suplicio del que robaba caballos, del que violaba, del infanticida. En caso de violacion, se colocaba en el pecho del culpable un palo de roble aguzado por un extremo; la víctima daba los tres primeros golpes, y el ejecutor los demás. Una ordenanza de 1554 prescribe que la infanticida, enterrada viva, lleve el corazon atravesado por un palo. El mismo suplicio se aplicaba á los hechiceros. (*Ibid.*, pág. 691).

7. *Descuartizamiento*. Suplicio impuesto al traidor Ganalon por Carlo-Magno.

8. Ser *pisoteado por los caballos*.

9. *Ser apedreado*.

10. Ser *sepultado vivo*. Era el suplicio de las mujeres, en los casos en que los hombres eran ahorcados ó expuestos á la rueda. Ha subsistido hasta mucho despues de la Edad Media. Hans-Sachs refiere de esto un ejemplo en el siglo XVI. Entre los Ditmarses, la jóven que se dejaba seducir era enterrada viva. En ciertas leyes de Francia el asesino era enterrado vivo bajo el cuerpo de la víctima. (V. *Chartam comitis Bigorensis*, año 1238; Ducange, 6, 319. En Zurich, en 1489, dos hombres fueron *emparedados* (cingemauert); se dejaba una abertura para darle los alimentos. (J. de Müller, t. V., pág. 403).

Suplicio análogo se imponía antiguamente á los cobardes: se les sepultaba en lodo, se les ahogaba en un cenagal con un haz de espinas á la espalda. (V. Tácit., Germ., c. 12). Era tambien el suplicio de la mujer que repudiaba (*dimiserit*) á su marido. (Lex Burg., 34, 1). Resta saber cómo se concilia el derecho de repudio ó de despedida de un marido por

su mujer con esta culpabilidad. Hay en esto una dificultad, cuya solucion no vemos.

11. Ser *precipitado de una roca.* Suplicio que el conde Dietrich hizo sufrir al obispo de Tréveris.

12. Ser *ahogado.* Suplicio especial para las mujeres y los hechiceros. Una glosa del Sachsenspiegel dice que el parricida debe ser arrojado al agua, en un saco, con un perro, un mono, un gallo y una víbora. No es esta la única copia hecha al derecho romano.

13. Ser *quemado.* La ley de los Visigodos condenaba á la hoguera al esclavo que cometiese adulterio con una mujer libre; é igualmente al que violase una tumba para robarla. En la Edad Media era el fuego el suplicio del adúltero. Tristan sufrió el tormento de la rueda; y Seult fué quemado. Esta misma era la pena de los hereges, de los hechiceros y de los envenenadores. Cocíase á los hereges, «á fin, segun decían, de que el diablo no se hiciese daño en los dientes.» En una época más remota se los ahogaba en un baño de vapor.

14. Ser *expuesto á las fieras.* De este suplicio no hay ejemplo en el derecho aleman, pero sí en los Sagas del Norte.

B. Penas corporales que no producen la muerte: *cortar la cabellera*; pena infamante.

Ser azotado, arrancar la piel de la cabeza, (*decalvacion*) (1).

Cortar el pié y la mano, ó la nariz, las orejas, los lábios ó la lengua;

Sacar un ojo ó los dos;

Atravesar las mejillas con un hierro candente;

Romper los dientes;

Ser encadenados;

C. Penas infamantes (*Chrenstrafen*, p. 711, 199.)

La *infamia*;

La retractacion;

Tratamiento ignominioso;

Prohibicion de llevar armas, degradacion militar;

Procesion simbólica;

Llevar en la mano varas ó escobas, un perro, un banqui-

---

(1) Pena análoga á la costumbre de ciertos salvajes de arrancar á sus enemigos vencidos la piel de la cabezo, aunque por otro motivo. (Véase Du Boys, *Hist. del der crim*, t. II, p. 541).

llo (castigo de los nobles), una silla (castigo de los clérigos), una rueda de carro (castigo de los villanos.)

A las mujeres se las hacía llevar piedras (1).

El paseo sobre un asno, montándole al revés, cogida la cola á modo de bridas, respecto de la mujer que había pegado á su marido.

Derribar el techo de la casa;

Ser embadurnado de pez y rodar despues sobre plumas;

La *picota* y la argolla;

El manteamiento;

Pérdida del banco en la iglesia, relegacion á un ángulo ó á la puerta;

Ser *enterrados sin honores* en una encrucijada;

D. Pérdida de los derechos cívicos (*Landrechts*);

Servidumbre;

Destruccion de la casa;

Derribar el techo, romper la puerta, cegar el pozo, etcétera.

Interdiccion civil;

Proscripcion;

Las mujeres no eran desterradas.

Los mismos hechos hallamos entre los Francos, lo cual considera Mably como un mérito. «Renunciemos, dice este historiador filósofo, á esa humanidad cruel que los alentaba para hacer el mal: castigaron con pena de muerte el incesto, el robo y el asesinato, que hasta entónces sólo se habían castigado con destierro, ó se habían arreglado mediante una *composicion*... Fueron tan severos como indulgentes habían sido sus antepasados, y no pudiendo ajustar los castigos á la naturaleza de los delitos, hicieron con frecuencia leyes absurdas, tiránicas, y por consiguiente, impracticables.» (2)

En el siglo XVI, se creyeron los legisladores daneses en la necesidad de ser más severos respecto de ciertos delitos, y ensañarse contra otros que no se habían previsto hasta entónces. En consecuencia de esta mayor severidad, son castigados con pena de muerte: el homicidio con premeditacion por un roturador, el robo, la impureza *(Hurerei)*, á la segunda reincidencia. Los maleficios involuntarios *(Va-*

(1) V. Struvius, *Hist. jur German..* c. IX. § 11, p. 736-738.
(2) Observ; sobre la *Hist. de Francia*, I, 3.

adesg-jerninger), no son castigados en general excepto el incendio. Págase una multa á los padres del muerto si se le han matado en propia defensa; ciertos delitos que no habían sido previstos por las antiguas leyes, fueron ahora severamente reprimidos; tales son, la prevaricacion, la falsificacion de los libros judiciales, los falsos testimonios, etcétera (1).

En el período siguiente, extendió con razon aún más el legislador danés la lista de los delitos: así, son castigados por primera vez el incesto, el parto secreto, la exposicion de los niños, el falso reconocimiento del padre ó de la madre, el infanticidio; agraváronse las penas contra el libertinaje, se dulcificaron las impuestas al robo, y se hizo muy comun la pena de trabajos forzados (2).

§ III.

De la penalidad en el estado de civilizacion propiamente dicha.

La civilizacion se compone de un gran número de elementos, pero éstos se combinan en diversas proporciones, y no son á su vez más que producto de nuestras facultades; y segun predomina una ú otra de éstas, toma la civilizacion uno ú otro carácter y se eleva á tal ó cual grado. Segun es la imaginacion, el sentimiento, el entendimiento ó la razon el que predomina en un pueblo dado y en una época determinada, así caracteriza á este pueblo y época la poesía, la religion, la ciencia ó la filosofía. En el período salvaje predominan por completo los sentidos; en el período bárbaro, la imaginacion; pero esta facultad reina tambien plenamente al principio de la civilizacion, y despierta ese sentimiento religioso que caracteriza al espiritualismo. La religion no es todavía más que poesía bajo muchos aspectos y en la mayor parte de los pueblos, pero una poesía que sale de la esfera de lo sensible. Despues penetra más el elemento espiritual en las relaciones naturales de las cosas y en sus influencias respectivas: de aquí las ciencias; pero en su principio y mucho despues, llevan todavía cierta mezcla de misticismo. La alquimia y la astrología han precedido á

---

(1) Kolderup, *ob. cit.* § 145 p. 291.
(2) Kolderup., *ob. cit.*, § 174.

la química y á la astronomía; y los astrólogos y alquimistas poseían ya un gran número de hechos bien observados, á los cuales aplicaban el cálculo. Hasta la ciencia de los números estuvo mucho tiempo infestada de misticismo. Desde Pitágoras hasta Galileo, no pudieron emanciparse por completo de esta especie de supersticion los espíritus más vigorosos. Sólo una crítica racional, firme y justa, era capaz de purgar la ciencia, la religion y hasta la poesía de toda concepcion absurda, y á este empleo de la razon es á lo que llamamos filosofía.

Hechas estas indicaciones, no es difícil determinar el lugar que en la escala de la civilizacion ha ocupado cada pueblo. La Grecia antigua pertenece desde los tiempos bárbaros al período poético ó de civilizacion. El Oriente, por la poesía, y sobre todo por sus teocracias, con un pensamiento religioso, base ó principio de todos los demás, pertenece al segundo período de la civilizacion. Gracias á su inmovilidad natural y á su espíritu religioso, ha permanecido generalmente el Oriente en el grado en que le había colocado y retenido durante siglos una teocracia omnipotente. Ha podido cambiar de religion, de religion poética, pero no ha salido de ese estado. Ha podido pasar del panteismo al budhismo, del sabeismo al islanismo; pero es mucho más difícil que pase de estos cultos, cuyo objeto es suministrado por los sentidos ó por la imaginacion, al culto de un sér mostrado por la razon, al culto del Dios verdadero. A Grecia, con su idolatría, con sus hombres-dioses ó sus dioses-hombres, costóle ménos trabajo salir de la esfera del sentimiento para pasar á la de la ciencia. Pitágoras y Thales eran hombres de entendimiento y de razon, al mismo tiempo que de imaginacion y de sentimiento. Sus sucesores hicieron más todavía, y gracias á su infatigable deseo de saber, á ese atrevido espíritu de investigacion que nada teme ni nada le detiene, los poetas y hasta los mismos sacerdotes llegaron á ser filósofos. Eurípides aprovechó las lecciones de Anaxágoras y de Sócrates, y Plutarco, á pesar de que él mismo era supersticioso, escribió contra las supersticiones.

Esta diversidad de espíritu explica la de las legislaciones criminales de Oriente y de Grecia. El primero se distingue en general, como ya hemos dicho, por su espíritu religioso; y en la religion, más bien por el dogma que por la moral;

en ésta, más bien por las prácticas ceremoniosas que por las de sus verdaderos deberes; en los deberes, más bien por aquellos que tienen por fin el agente que por los deberes sociales. Todo se refiere allí al infinito, y el indivíduo sólo se preocupa de sí mismo en sus relaciones con la divinidad; todo lo demás, que es finito, que sólo es y vive por y para el infinito, casi no tiene por sí valor alguno; es necesario que la propia personalidad sea tan fuerte como lo es naturalmente, para que pueda subsistir en presencia del infinito; pero áun en esto obra más por instinto que por principio. Así es como la excesiva exaltacion de la idea y del sentimiento religioso conduce al menosprecio de la humanidad, al olvido de sí mismo ó al fanatismo. De aquí el carácter, á la vez religioso y terrible de la mayor parte de las legislaciones criminales de Oriente, como veremos al tratar de las diferentes especies de penas. Es de notar que el pueblo ménos supersticioso de Oriente, hasta el punto de que sus letrados han pasado durante mucho tiempo por ateos á los ojos de los misioneros europeos, el pueblo chino, es de todos ellos aquel cuyas leyes criminales tienen más relacion con las de Occidente por su espíritu de justicia y por su lenidad, si se exceptúan ciertas penas de carácter bárbaro, como las impuestas contra el adulterio, por ejemplo.

El emperador Yao, unos 2.400 años ántes de J. C., estableció diez tribunales superiores, á los que su sucesor, Chun agregó otros subalternos, especificó los delitos y determinó los castigos que debían imponérseles. Admitió la composicion únicamente para las faltas leves, lo cual induce á creer que ántes de él estaba más generalizada esta práctica. Prohibió toda indulgencia para con aquellos á quienes se había intentado en vano traer de nuevo al camino de la virtud, ó que eran bastante bajos ó perversos para abusar de su fuerza ó de su crédito y de la autoridad.

Esta legislacion no parece haber sido muy severa: el Chu-King hace mencion del azote y del destierro como la pena comun á los delitos de segundo órden (1). En la actualidad, son todavía los azotes y el destierro las dos principales penas en el imperio chino; y siempre ha reinado el mismo espíritu bajo formas diversas y múltiples.

---

(1) Pastoret, *Zoroastro Confucio* y *Mahoma*; Duhalde, t. I, p. 287; t. II, p. 24, de su *Descripcion de la China.*

La legislacion penal de la China conserva el mismo espíritu que la de los tiempos más antiguos, al mismo tiempo que revela en sus numerosos detalles una época muy posterior. Por el primero de estos caracteres pertenece á los tiempos primitivos, por el segundo, á los tiempos bárbaros y despóticos.

En el siglo XVI, las leyes penales de China y el tratamiento que se hacía sufrir á los detenidos y á los condenados, parece que han sido más severos que en la actualidad y que en los tiempos antiguos; pero no eran más bárbaros que las costumbres análogas de Europa. Hé aquí cómo se expresa un viajero contemporáneo: «Los Chinos tienen vastas prisiones con vistas á magníficos jardines con fuentes. Los detenidos que no son condenados á muerte, pueden pasear por ellos con guardias de vista. Si circunstancias inesperadas no permiten ejecutar inmediatamente á los condenados á muerte, se pasean en la prision con una tabla de madera blanca, en donde está escrita su sentencia. Por la noche, se los encadena por los piés con las manos atadas atrás y tendidos boca abajo, ó se los coloca con los piés y las manos cogidas en una especie de cepo de madera, sujetándolos ademas con cuatro barras de hierro colocadas sobre su cuerpo. Estas barras están sujetas por sus extremidades á unas anillas clavadas en el suelo, en cuya posicion pasan la noche aquellos desgraciados. Este es el suplicio del *prensor* (1).

Los Japoneses, de la misma raza que los Chinos, (pero mucho más supersticiosos que éstos, que lo son muy poco, sobre todo los de las clases instruidas, más adictas á las ideas panteistas reformadas por Budha) son mucho más crueles en sus costumbres y en sus leyes. Deplorable círculo vicioso, segun Montesquieu, puesto que la atrocidad de las penas engendra á su vez la ferocidad de las costumbres. Sin embargo, los viajeros no están enteramente de acuerdo sobre este punto.

Segun Humberg, son muy pocas las leyes del Japon, pero se las ejecuta con rigor, sin tener para nada en cuenta la calidad de las personas, si bien las multas pecuniarias se consideran como gracias concedidas á los culpables que

(1) Thunberg, t. IV, p. 64 y 72.

poseen riquezas. Delitos sencillos son castigados con la muerte, pero la sentencia debe ir firmada por el Consejo privado del emperador. Siendo un deber político la educacion moral de los hijos, son los padres responsables de los crímenes de aquéllos, cuyos vicios nacientes debieron corregir á su tiempo (1).

Segun el holandés Varenio, en el siglo XVI tenían las penas en el Japon un carácter cruel en extremo. Descuartizar al culpable, abrirle el vientre á puñaladas, suspenderle de garfios de hierro clavados en su cuerpo, arrojarle en aceite hirviendo, hé aquí los castigos más comunes. Los grandes tenían el privilegio de poder suicidarse. Tambien Valentin pinta la legislacion del Japon como feroz y sanguinaria. Cada ciudadano es responsable de los delitos cometodos por su vecino; familias y aldeas enteras son castigadas con el último suplicio para expiar la falta de uno de sus individuos.

Segun Fisscher, que residió en el Japon de 1820 á 1829, el gobierno de aquel país es absoluto, pero no despótico. Es verdad que las leyes son severas; pero todos las conocen y saben lo que permiten y lo que prohiben; y como nadie puede eludirlas, como el súbdito más poderoso no puede intimidar por medio de actos ilegales á un inferior y obligarle á que acceda á sus deseos; como estas leyes, á pesar de sus imperfecciones, tienen la ventaja de ser estrictamente ejecutadas, aquel que se conduce bien no tiene por qué temerlas (2).

Montesquieu atribuye el excesivo rigor y la imparcialidad de las leyes penales del Japon á la falta de una creencia religiosa en la vida futura. Esta observacion puede ser fundada, bajo cierto punto de vista, pero bajo otras relaciones, carece de necesidad lógica y de exactitud. ¿Por qué los Chinos, que no creen tampoco en la vida futura, tienen leyes criminales incomparablemente superiores y más suaves que las de los Japoneses, y que las de la mayor parte de los pueblos teocráticos? ¿Es verdad, por otra parte, que las creencias panteistas de la India, que hacen desaparecer lógicamente la personalidad humana por la absorcion en el infinito, no son aún peores que la falta de todo dogma res-

(1) Thunberg, *Ibid*.
(2) Malte-Brun, t. VII, p. 220.

pecto de la vida futura, siendo así que aquéllas erigen en dogma nuestro aniquilamiento absoluto?

Sin embargo, las antiguas leyes penales de la India eran ménos severas que las del Japon; advirtiendo ademas que los Budhistas de la India no creen en la vida futura más que los Budhistas del Japon. Es cierto que si se los compara con los sectarios de Baralma, están aquéllos en minoría pero no es esta una minoría insignificante.

Los Birmanos, que forman parte del pueblo indio, que participan de sus creencias relativas á la vida futura, la de la metempsicósis, por ejemplo, tienen leyes penales muy rigorosas: la prision, la esclavitud y los azotes, son los castigos ménos duros. Las penas de muerte son allí muy frecuentes, y la clase del suplicio queda al arbitrio del juez. En algunas localidades se emplea el suplicio de la cruz y el de hacer tragar á los condenados plomo fundido; en otras, se atraviesa el cuerpo del condenado con una estaca puntiaguda, y se le deja clavado en las orillas del Zranady, de tal modo que se ahogue al subir la marea: se emplean tambien el descuartizamiento, las bestias feroces, la hoguera, en una palabra, cuantas torturas ha podido inventar la crueldad más refinada..... Los condenados se muestran, sin embargo, firmes y animosos hasta el fin, y se cita un desertor que se estaba comiendo un banano miéntras el verdugo le arrancaba las entrañas..... Casi todas las especies de crímenes que pueden cometerse, están previstos por la jurisprudencia de los Birmanos; á cada artículo de sus leyes van unidos los fallos que sobre aquella materia han recaido. Júzgase entre ellos por pruebas y por juramentos (1).

Ademas, un pueblo tambien de la misma raza que el japonés, y que quizá participa de sus creencias, posee una legislacion penal que, áun aproximándose mucho á la del Japon, no es más cruel que la de los Birmanos: me refiero á la de los Mogoles. Desde el año 1620, tienen un Código completo de leyes, firmado por cuarenta y cuatro príncipes y jefes, y en el que la mayor parte de los delitos son castigados con multas, y recompensados los actos útiles al público. El que niega leche á un viajero, es castigado con la multa de un carnero. Admítense la prueba del fuego y los juramen-

(1) Symes, *Embos*, etc.. t. III, p. 93.

tos, mediante los cuales un superior garantiza la inocencia de un inferior; instituciones análogas á los *conjuros* de la Edad Media en Europa. Las penas son en general crueles respecto del pueblo, y poco severas para los nobles: así, el hombre de rango que comete un asesinato con premeditacion, sólo es condenado á una gruesa multa, por ejemplo, á la pérdida de un año de sueldo y á ochenta y una cabezas de ganado, cuyas dos terceras partes son para la familia del difunto, y el resto para el jefe de la tríbu á que pertenece; mientras que un esclavo que mata á su señor es descuartizado vivo. El que mata á su mujer es condenado á ser estrangulado (1).

La influencia de una religion que enseña la existencia de una vida futura determinada por la moralidad que se observa en este mundo, puede producir, sin duda, efectos saludables; pero estos efectos pueden ser compensados con exceso por otras creencias funestas y por los intereses que las han dictado. Por esto es por lo que, áun proclamando una especie de vida futura, enseñan tambien los Brahmanes la diferencia de castas, y se imponen y gravitan con todo el peso del orgullo, de la codicia y la supersticion sobre la inmensa poblacion que dirigen. Las leyes penales que surgen de este pensamiento religioso, son en extremo rigorosas é injustas cuando se trata de los intereses de la casta sacerdotal ó de todo aquello que sirve de base á su poder; lo cual no impide que vayan mezcladas con esto excelentes máximas cuando no está en juego el interés brahmánico. Así, por ejemplo, Manú permite y áun prescribe en sus leyes que se perdone á los débiles y á los desgraciados. Léese tambien en aquéllas, que cuanto la pena es moralmente más útil al culpable (aunque ménos en lo que se refiere á la correccion que á la purificacion del mal pasado, puesto que es esencialmente expiatoria), tanto más funesta es, cuando se ha impuesto injustamente, á aquellos que directa ó indirectamente son responsables de esta iniquidad.

El juez prevaricador pierde nombradía durante la vida, la gloria y la felicidad despues de la muerte. La cuarta parte de la injusticia de una sentencia cae sobre el reo, otra cuar-

---

(1) *Memoria sobre la Mogolia*, por el P. Jacinto Ritchourine, 2 tomos en 8.º (Ruso).—Malte-Brun, *Geog. Univ.*, VII, p. 102.

ta parte sobre los testigos falsos, y el resto sobre el tribunal que la dicta y sobre el rey.

El espíritu del Occidente, ménos místico y por consiguiente más exacto, más positivo y científico, en otros términos, más marcado con el sello del entendimiento y de la razon que con el de la imaginacion y el sentimiento, aparece con su superioridad en las leyes penales, lo mismo que en todo lo demás. La civilizacion del Occidente está en este punto tan por encima de la de Oriente, que esta última casi merece, con muy pocas excepciones, el calificativo de bárbara; y cosa notable, aunque el sentimiento y la imaginacion sean el principio de los extravíos del Oriente, la civilizacion occidental entraña más imaginacion y sentimiento que aquélla. Compárense la mitología y el arte griego con el arte y la mitología de la India; la legislacion penal de Solon, con la de Manú, y se verá la diferencia que hay en favor de Grecia, por más que reconozcamos que esta diferencia, en cuanto á la imaginacion, se refiere ménos á la materia que á la forma. En ámbas hay quizá la misma invencion, pero hay mucha más naturalidad, más gusto, más arte en una palabra, en la de Grecia. En cuanto al sentimiento, hay en el de ésta más exactitud, más verdad, más buen sentido en su desarrollo y en su objeto.

No nos sorprende, pues, hallar análogas diferencias en la legislacion criminal, diferencias que serán más sensibles en todo lo que sigue, pues en esto no están más que indicadas. No nos admira tampoco que llegue hasta nosotros la influencia del espíritu de las leyes penales de Atenas y de Roma, pues en esto, como en casi todo lo demás, nuestra civilizacion viene de muy léjos, procede de Roma y de Atenas.

En Grecia toma la penalidad el carácter de diversidad, de analogía y de medida que separa la civilizacion de la barbarie y del salvajismo. Entre los Atenienses, las principales penas eran la multa, la infamia, la esclavitud, la marca, la exposicion, la detencion, el destierro perpétuo, el ostracismo y la muerte. Distinguíanse tres grados de infamia: el primero llevaba consigo la pérdida de ciertos derechos políticos; el segundo, la pérdida total, pero temporal de estos mismos derechos, y la confiscacion de los bienes; el tercero, la de los derechos civiles y religiosos.

Esta última pena se extendia tambien á los hijos y á toda

la posteridad. La esclavitud sólo podrá imponerse á los ἄτιμοι y á los μέτοικοι (es decir, á los infames y á los desterrados ó extranjeros), y á los esclavos emancipados. La marca se imprime con un hierro candente en la frente ó en las manos de los esclavos fugitivos ó malhechores. La detencion era temporal ó perpétua, y á veces se evitaba mediante caucion. Contábanse tres clases de prisiones: la una no tenía más objeto que asegurar á los detenidos; las otras dos eran lugares de correccion ó donde se sufrían las penas en sus diferentes grados. Los objetos destinados á la detencion ó sujecion, eran de diversas formas, segun la parte del cuerpo que estaban destinados á sujetar: los había para el cuello, para las manos, para los piés, y para todas estas partes á la vez. La mayor parte eran de madera. No se podía dar asilo á un proscrito sin incurrir en la misma pena que éste. La pena capital se ejecutaba por decapitacion, por estrangulacion, por el veneno, la cruz, el fuego, el agua, el precipicio, etc.

La penalidad griega mejoró todavía al pasar de Atenas á Roma, como se prueba con sólo comparar ambos sistemas: acabamos de ver el de Atenas; veamos ahora el de Roma.

La privacion del agua y del fuego ó el destierro indirecto; la deportacion y la relegacion ó destierro directo sustituido por Augusto á la primera; la esclavitud; la confiscacion como pena accesoria de la capital, del destierro, de la deportacion, de la esclavitud legal, aunque templada en favor de la familia del condenado; la pena capital por estrangulacion, por decapitacion, por el agua, por el precipicio; la multa, la detencion, la de azotes *(virgis, flagellis)*, el apaleamiento *(fustibus)*, y la infamia. No hablaremos de aquellas que pertenecían á la disciplina militar, ni de las que sólo se imponían á los esclavos, ni tampoco de los castigos arbitrarios que el padre de familia podía imponer á todos los que estaban sometidos á su autoridad, que fué por mucho tiempo absoluta.

Es una particularidad notable en las leyes penales de ciertos pueblos, la de que el uso ó la jurisprudencia agrave ó dulcifique la pena impuesta por la ley, segun la clase de instituciones vigentes, pero sin tocar nunca las leyes antiguas. ¡Cosa estraña! El poder cree más prudente violar las leyes que reformarlas, lo cual sucede cuando puede violarlas él solo, mientras que para reformarlas ó derogarlas ne-

cesita el concurso del pueblo. El pueblo observa las leyes malas, no porque son malas, sino porque son las vigentes. Al poder mismo, al dejarlas como olvidadas, no le disgusta poderlas restablecer fácilmente. Sabe, por otra parte, que los cambios súbitos en las leyes sacan á los espíritus de la inmovilidad, y les imprimen una necesidad de reforma que podría extenderse á las instituciones más respetables. Los hombres de Estado temen especialmente esta pasion de novedad, que puede convertirse en furor, y que debilita siempre el respeto de los pueblos á la autoridad.

En los tiempos antiguos, es, sobre todo, notable Roma por su respeto á las antiguas leyes, al mismo tiempo que por su destreza en satisfacer la equidad ó las nuevas necesidades. Y esto de tal modo, que el pretor tenía la facultad de crear excepciones para llevar á la práctica la equidad, dejando subsistente, sin embargo, la ley positiva que la desconocía.

Inglaterra, en los tiempos modernos, es quizá entre todos los pueblos, el en que el movimiento procede con más medida y con más consideracion al antiguo estado de cosas: la jurisprudencia ó el poder ejecutivo desempeña el mismo papel que los edictos del pretor en Roma, y por esto es por lo que la legislacion penal parece haber hecho tan pocos progresos en Inglaterra. Dicha legislacion contiene todavía disposiciones que no son más que la expresion violenta, y por otra parte demasiado absurda hoy dia, de la intolerancia de la *Iglesia establecida* (1). Delitos de poca gravedad, como los de la caza, por ejemplo; otros que tienen tambien su orígen en el sistema feudal, y la nomenclatura muy extendida de crímenes de alta traicion y de felonía, imaginados por déspotas sospechosos, respiran un génio bárbaro. Las penas correspondientes á estos delitos son de un rigor excesivo; la de muerte es prodigada; la de flagelacion dispensada sin tasa y sin medida, hasta el punto, segun dice Rossi, que al leer los Estatutos de Gregorio IV (1827), «se cree casi aproximarse á una plantacion de caña de azúcar, parece oirse chasquear el látigo.» (2) Las mutilaciones, las marcas, y el arbitrio judicial, á la vez que el legislador multiplica las distinciones y las especies; todos estos de-

(1) Rossi, *ob. cit.*, t. I, p. 50-51.
(2) Id., t. I, p. 58.

fectos y muchísimos otros, afearían singularmente las instituciones de un pueblo, por lo demás muy civilizado, si la jurisprudencia ó el poder ejecutivo no poseyese el medio de dejar dormitar unas leyes tan poco en armonía con las ideas y las costumbres, siendo lo enojoso únicamente que este sueño no sea el de la muerte. Mas estos numerosos defectos, por lo demás comunes á otras legislaciones del siglo último, eran rescatados por la preciosa institucion del jurado. El procedimiento criminal de Inglaterra, el sistema acusatorio ante un jurado, ante el país, ha permitido alcanzar las reformas de 1827, 1833, 1837, etc., y aunque la necesidad de otras más completas se hace sentir todavía, este voto no puede dejar de ser escuchado.

Por lo mismo que la civilizacion comprende muchos elementos, la mejor manera de estudiar su influencia sobre el derecho criminal, de hacer ver cómo los progresos de este derecho coinciden con los de otras instituciones humanas, y son efectos parciales de los mismos, consiste en mostrar que el derecho criminal ha sufrido realmente su influencia. En este estudio nos limitaremos á los puntos capitales.

CAPITULO XVIII.

DE LA INFLUENCIA DE LAS INSTITUCIONES RELIGIOSAS POLÍTICAS, CIVILES; DE LA INDUSTRIA, LAS CIENCIAS, LAS ARTES, LAS LETRAS Y LA FILOSOFÍA SOBRE LA PENALIDAD.

SUMARIO.

1. Las religiones.—Su influencia sobre las costumbres y las instituciones políticas y civiles.—Incas.—Manú, Moisés, el cristianismo.—El *Espejo de los Jueces.*—España, Portugal, Cerdeña, Estados Pontificios.—2. Las instituciones políticas.—Montesquieu.—Influencia de la libertad y del despotismo sobre las leyes penales.—Roma monárquica, Roma republicana, Roma imperial.—Repúblicas italianas de la Edad Media.—España.—Suecia.—Noruega.—Dinamarca.—Baviera.—Sajonia.— Wutemberg.—El Gran ducado de Baden.—Hannover.—Cerdeña.—3. Instituciones civiles.—La esclavitud.—4. La industria, las ciencias, las artes, las letras y la filosofía.—Criminalistas filósofos del siglo XVIII.—Francia.—Leopoldo II, José II, Catalina II, Luis XVI.—Ducado constitucional de Brunswick.—Prusia, Baden, América del Norte (Estados-Unidos).—América del Sur (Bolivia).

§ I.

Influencia de las religiones.

Ya hemos hablado de la influencia de las religiones, con motivo de la opinion de Montesquieu sobre las leyes penales del Japon; y aun reconociendo la influencia de la religion sobre las costumbres, aún admitiendo que una religion que enseña una vida futura determinada segun la moralidad de la vida presente, es una garantía para las costumbres y un auxiliar para el legislador; hemos reconocido al mismo tiempo que, bajo otros aspectos, una religion falsa podía ser por lo demás muy perjudicial, y hacer, por otra parte, más mal que procurar bien por la influencia de la poca verdad que encierra, sobre todo cuando esta verdad se encuentra todavía infestada de errores y de absurdos. Una religion terrible, fanática, homicida, que llega hasta los sacrificios humanos en cualquier forma, como la de los Fenicios, dá origen á sentimientos sombríos y crueles, hace las costumbres duras y feroces, y lleva al legislador á decretar

penas horribles. Los pueblos más dulces por naturaleza pueden ser de este modo corrompidos y pervertidos por creencias que, léjos de desarrollar y fortificar el sentido moral, le desnaturalizan y depravan; y una vez que el espíritu y el corazon han sido sacados de sus vías por una religion falsa, experimentan una pena infinita para volver á entrar en ellas.

Esto es lo que ha sucedido en los pueblos más dulces quizá de la tierra, los Peruanos y los Indios. Hay dos razones para que la penalidad sea excesiva bajo el régimen teocrático: de una parte, la tendencia del sacerdote á considerar toda ofensa contra su persona, sus derechos, sus privilegios y su autoridad como un delito religioso, y todo delito religioso como una especie de impiedad y de sacrilegio, como un crímen contra su divinidad; de otra, el carácter naturalmente despótico de todo poder sacerdotal, puesto que semejante poder siempre es reputado divino, y la autoridad divina no puede ser ni discutida ni repartida por los hombres. Si el poder no está visiblemente en manos del sacerdote, sino que éste le inspira y dirige, entonces es mucho más perjudicial bajo muchos conceptos, puesto que el poder sacerdotal no tiene más que la parte de solidaridad que le place, y puede hacer emprender en interés suyo al poder civil, lo que aquél jamás habría osado hacer por sí mismo. En tal caso, tambien el despotismo es su aliado natural, puesto que le hace obrar en su provecho, sin discusion y sin participacion. No habría esta facilidad con un poder público colectivo, nacional, representativo, cuyos actos todos estuviesen sometidos al libre exámen de la opinion pública. Estos hechos están de tal manera en la naturaleza de las cosas, que apenas si tienen necesidad de ser probados por la historia.

Presentemos, no obstante, algunos ejemplos de ellos.

El gobierno de los Incas, que pasaban por descendientes del sol, divinidad principal del Perú, estaba tan íntimamente unido á los dogmas religiosos peruanos, que todo delito cometido era considerado no solamente como una trasgresion de las leyes humanas, sino como una ofensa directa contra la divinidad. Con tales ideas las reglas de la legislacion eran sencillas y la penalidad severa. El rigor era en ellos el principio dominante. Las faltas leves y los más grandes crímenes eran castigados con la misma pena, y

esta era casi siempre la de muerte. Pero al mismo tiempo, jamás se hacía caer sobre los hijos la pena del crímen cometido por los padres, sino que conservaban sus bienes y sus dignidades (1).

En la India, la justicia es casi peor administrada hoy dia que en tiempo de Manú; los jueces, que lo son, en lugar de los brahmanes, los recaudadores del impuesto asistidos de algunos de los principales habitantes, son hoy peor elegidos; en parte alguna, excepto en los países sometidos á los ingleses, de que nada hablaremos, existen tribunales regularmente organizados; no existen leyes de procedimiento escritas y constantes; penas arbitrariamente impuestas, y que ni aun por esto son más dulces; una venalidad general en los jueces; una celeridad excesiva en las formas; el perjurio considerado como una bagatela; el absurdo y la superchería en las pruebas, en lugar de una instruccion regular; los delitos más graves, castigados con ménos severidad, cuando no dejan de estar castigados, que los pretendidos sacrilegios cometidos contra los animales sagrados; la supersticion más ciega unida á la irreligiosidad más deplorable, á consecuencia de las más falsas ideas sobre Dios y sobre la moral; el orgullo de las castas sin piedad para todo aquello que creen ser un atentado contra su rango; la pereza llevada hasta la inercia, y encontrando sus delicias en la ociosidad forzada de la prision; la necesidad, por consiguiente, de reemplazar esta pena por las torturas; una tenaz paciencia que frecuentemente vence á la perseverancia del verdugo ó de la venganza; y una indiferencia tal hácia la vida, á consecuencia de las privaciones que la acompañan en este pueblo habituado al despotismo de las castas y de los príncipes, que la muerte no asusta sino á condicion de ser convertida en un largo suplicio: hé aquí en pocas palabras los caracteres de la justicia criminal, tal cual en nuestros dias es administrada y recibida por las poblaciones todavía idólatras de la India (2).

En las leyes de Manú los delitos religiosos son los mayores de todos, y á este número pertenecen los que las-

---

(1) *Conquista del Perú*, por Enrique Lebrun, p. 26.—V. tambien los *Incas*, por Marmontel.

(2) *Costumbres, instituciones y ceremonias de los pueblos de la India*, por el abad Dubois, t. II, p. 455-474, 456-554.

timan los intereses de los brahmanes, á cuya costa son garantidos sus privilegios y su impunidad. El brahman está, sin duda, por encima del magistrado y del guerrero; mas esta superioridad es desproporcionada y sin medida en la legislacion penal:

«Guárdese el rey, se dice, de dar muerte á un brahman, por más que haya cometido todos los crímenes posibles; destiérresele del reino dejándole todos sus bienes y sin hacerle el menor mal... Una tonsura ignominiosa está ordenada en lugar de la pena capital para un brahman adúltero, en el caso en que la muerte sería el castigo para los hombres de las demás clases... Si un hombre de la última clase comete la imprudencia de hacer advertencias á un brahman relativamente á sus deberes, el rey debe hacerle echar aceite hirviendo en la boca y en los oidos. Si escupe con insolencia á un brahman, que el rey le haga cortar los dos lábios.» (1)

Sin tener los mismos defectos, la legislacion criminal de los Hebreos, es ante todo religiosa: el crímen por excelencia, el que se trata de descubrir bajo todas sus formas y se persigue con el mayor rigor es la falta contra la religion, sobre todo la idolatría. Las relaciones con los extranjeros, cuando eran capaces de seducir el corazon y el espíritu, venían á ser un crímen capital á los ojos de un legislador que atendía sobre todo á la pureza de las creencias.

Despues de los primeros emperadores cristianos hasta nuestros dias, la religion cristiana ha dejado huellas profundas en todos los países en que ha reinado como religion oficial. La influencia del cristianismo en las leyes ha sido de dos clases: en cuanto á la justicia social, ha contribuido á hacerla más regular, más equitativa y más humana; en cuanto á la parte religiosa y moral de la vida práctica, la ha llevado demasiado adelante en las leyes civiles, y ha castigado con un rigor extremo faltas que frecuentemente no tenían á lo sumo este carácter más que bajo el punto de vista disciplinario de la Iglesia, es decir, que léjos de ser delitos, no eran más que faltas morales. La teocracia mosáica, con su rigorismo social, ha penetrado por este ca-

---

(1) *Leyes de Manú*, VIII, 379, 380, 292, 282; véase tambien VII 366, 376-385, 235-237, 241-243, 248, 373, 324, 353.

mino en el imperio de Oriente, en el de Occidente, y por consiguiente, en todas las legislaciones modernas.

Estos abusos no provienen de la esencia del cristianismo; ántes por el contrario, son el fruto de la ignorancia de los tiempos, de las pasiones humanas, de las formas diversas del cristianismo, formas que siempre distinguimos de su esencia.

En ninguna parte, quizá, es más visible la influencia abusiva de una de estas formas que en la obra, por lo demás muy metódica y estimable de Andrés Hornos, el *Mirror des justices* (Espejo de los jueces). Este escritor del siglo XIII, teniendo que clasificar los delitos y no encontrando diferencia alguna entre delitos y pecados, adopta la clasificacion de los casuistas en pecados mortales y veniales. Pasando á las penas, no deja, siempre adherido fielmente á las decisiones de los casuistas, de declarar dignos de muerte todos aquellos delitos que éstos consideran como pecados mortales (1); y en cuanto á los reputados veniales por estos mismos guias, son declarados por él susceptibles de otras penas.

Al ver esta imitacion abusiva, y sabiendo que algunos teólogos no reconocen más que pecados mortales en materia de fé y castidad, se tiembla al pensar que ciertos legisladores pueden perseguir con todo rigor actos de la exclusiva competencia de la conciencia individual. El peligro extremo de la confusion de que hablamos, confusion que no es más que una consecuencia de la influencia de las ideas religiosas en el derecho criminal, se comprenderá mejor leyendo al ingénuo autor ántes mencionado:

«Del pesché est bref division, car est solon que ceo que affert as peines mortelle ou venielle.

«Les mortels sont ceux: le crime de majesty, fausonnery, traison, arson, homicide, larceny, hamsockne (asile violé).

«Crime de majesty.... vers le roy de ciel en trois maneres: per heresy, venery (divination), sodomy.

«Vers le roy de la terre en trois maneres: per ceux qui occisent le roy;... per ceux que luy dishéritent del royalme;... per ceux avowterors (adultéres) que espargissent le femme le roy.»

---

(1) Santo Tomás no era de esta opinion, V. *Summ. theol.*, 2.°, 2.ª cuest., 66 á 6, ad. 2.

Vienen enseguida las subdivisiones de los crímenes de lesa-majestad, divina y humana. En esto nada se ha descuidado; hay un tratado muy metódico de todos los delitos de este género. Así en cuanto á la adivinacion se enumeran la piromancia, la aeromancia, la hidromancia, la geomancia, el agüero, *los adivinos por medio de suertes, sueños, versículos de los salmos, llevando evangelios y hechizos al cuello, por el estornudo*, etc., etc.

«Les paines sont... corporelles et pecunielles. Des mortelles se font ascuns per perte des testes, ascuns per longe traine (ser arrastrado por un largo espacio), ascuns per pendre, *ascuns per arson*, ascuns *per vif enfoir*, ascuns per sault de felasie (jet du haut en bas d' une falaise) ou de autre lieu perilous, et *ascuns per voyes* (en plaza publica), et ascuns autrement solon que auncient priviledges ou usages.

«Les peschés qui demandent mortelle paine sont les peschés mortels.

«Des venialles paines, ascuns ceo font per perdre member;... ascuns per perte de pouce; ascuns per couper de langues;... *ascuns per plage;* ascuns per imprisonment;—ascuns per perte de touds biens moveables et nient moveables;... ascuns per exil, et abjuration (destierro) de la christieneté, ou del réalme, ou de la ville, etc.» (1).

Nosotros no citaremos más que un ejemplo, cual es el de los Códigos penales de los pueblos católicos que admiten todavía una religion del Estado, como los de Portugal, España, Nápoles y Cerdeña, ántes de Cárlos-Alberto, etcétera, etc. Y no hay que decir que el Código de los Estados pontificios ha conservado más que ninguno otro el espíritu antiguo, por la doble razon de que es el espíritu de lo espiritual, á la vez que conservador de lo más insignificante, y porque los Estados de la Iglesia han sufrido la influencia de las dominaciones extranjeras ménos que las demás partes de la península itálica (2). Pero lo que en él hay quizá de más deplorable es la arbitrariedad dejada á las autoridades judiciales de las diferentes localidades.

---

(1) C. IV, sec. 12; Hanart, t. IV, 493-495, 651; *Tratado sobre las costumbres anglo-normandas*, 4 vol. en 4.°, París, 1776.

(2) Sin embargo, Leon XII, por un *motu proprio* de 1827, dulcificó ya algunas de las antiguas disposiciones penales.

§ II.

Influencia de las instituciones políticas.

Nada más hemos de decir sobre esta materia que lo que se lee en el *Espíritu de las Leyes* (1), á saber: que las penas son tanto más severas, cuanto más restringida está la libertad, sin duda porque las costumbres se corrompen en razon del grado de despotismo. En Roma, las leyes monárquicas son más crueles que las de la república. La razon de este hecho no está sólo en la rudeza de los primeros Romanos, en la necesidad de conducir por medio de leyes férreas aquella masa de fugitivos, de esclavos y salteadores de caminos, sino tambien en el espíritu del despotismo. Y si las leyes de los decemviros son poco dignas de la república, si son un retroceso con respecto á las costumbres públicas, segun ya hemos hecho notar, es quizá porque estas leyes encerraban un pensamiento de tiranía. Tal es al ménos la opinion de Montesquieu.

Sea de ello lo que fuere, estas leyes dormitaron en lo que tenían de más rigorosas despues de la expulsion de los decemviros, y aun fueron indirectamente abrogadas por la ley Porcia. La tiranía y la crueldad reaparecieron en las leyes con el imperio, y en este período fué en el que se imaginó exponer á los culpables á las fieras, y quemarlos vivos, y se inventaron los trabajos públicos, las minas, los combates contra las fieras, los combates de hombre á hombre hasta causarse la muerte, la crucifixion para los esclavos, y el suplicio particular reservado á los parricidas.

Se hizo más: se imaginaron nuevos crímenes, sobre todo, los que se dirigían contra el príncipe, de los cuales la lista fué larga, mas la prevencion y la prueba fáciles. Esto es lo que hace decir á un historiador filósofo que los crímenes de este género eran los de los inocentes. El régimen imperial se distingue en general por la arbitrariedad en el procedimiento, por la extension indefinida dada á los delitos de lesa-majestad, por la severidad de las penas destinadas á reprimirlos, y, en fin, por la extension dada á la confiscacion

---

(1) Lib. IV, c. 9-15, 20.

En la Edad Media, las repúblicas italianas, al perder su libertad, perdieron una parte de sus instituciones; el régimen feudal ó el de las monarquías absolutas reemplazó al de las repúblicas aristocráticas ó democráticas (1). Esto fué una ventaja para las unas y una pérdida para las otras. Los Estados italianos al sufrir la dominacion extranjera de Alemania, Francia y España, sufrieron tambien sus leyes. Mas en el siglo XVIII los publicistas ultramontanos se mostraron dignos émulos de los filósofos franceses. Jamás se han revelado quizá con más calor los abusos de la justicia feudal que lo ha hecho Filangieri en su *Ciencia de la legislacion,* el cual, de concierto con Beccaria, preparó como ministro y como escritor el espíritu de sus compatriotas para recibir más tarde el Código francés de 1810. Este Código, es verdad, no se ha conservado íntegro; mas ha dejado huellas profundas, indelebles.

Al dirigir una mirada sobre las leyes españolas, se cree leer todavía en ellas las constituciones de los emperadores romanos ó las leyes de los Vándalos, los Suevos, los Alanos, los Visigodos y los Arabes. Dichas leyes prohiben ciertas penas que la costumbre tendía á mantener, y que respiran, unas costumbres salvajes, otras el fanatismo religioso, y otras las fantasías de un déspota ó la sed de sangre de un populacho embrutecido. Así, en ellas se prohibe entregar el culpable al ofendido, hacerle perecer en las llamas, á ménos que sea judío; arrojarle á las *bestias bravas*, etc., etc. Por lo demás, encuéntrase en ellas como penas permitidas la de morir ahogado, el garrote (estrangulacion por medio del tornisquete), la mutilacion, las minas, las galeras, el destierro, la prision, los trabajos públicos (*obras públicas*), la infamia, la vergüenza y los azotes (2) (*a*).

---

(1) Contareni, *De Rep. Venec.;* Tlallam, *Europ. en la Edad Med.*, t. II, p. 152 y sig.

(2) Dr. D. Joaquin María Palacios, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, que escribieron los doctores Asso y Manuel, *enmendadas por el doctor*, etc., en 4.°, Madrid, 1806.

(*a*) La época á que se refiere el autor es la anterior á la publicacion del Código penal de 1848. Y aunque el estado de nuestra legislacion en esta materia era lamentable é indigno de un pueblo civilizado, el autor desconoce, sin embargo, que el arbitrio judicial venía á atenuar el rigorismo del derecho extricto, y que dicha legislacion distaba mucho del verdadero estado de las costumbres de nuestro pueblo (*N. del T.*)

A pesar de la desmembracion del imperio español y de las leyes especiales de cada provincia, encuéntranse además en este país tres monumentos de legislacion general: el *Forum judicum* (Fuero Juzgo) (1), las *Siete Partidas* y la *Codificacion* de las leyes (la Recopilacion). El primero es del siglo VII, y pertenece á los reyes Chindaswinto, Ervigio y Egica; el segundo es obra de Alfonso el Sábio, en el siglo XIII; y el tercero pertenece á Cárlos IV, y comprende la famosa Constitucion criminal. Estas tres legislaciones representan sucesivamente la barbarie, el feudalismo y la monarquía absoluta (*a*). España no ha podido salir aún de esta última fase de la civilizacion; mas cada una de sus revoluciones políticas aporta naturalmente una nueva reforma á las leyes criminales, como ha sucedido en 1814, 1825, 1834 y 1837. Esperamos que la de 1854 no será completamente estéril en este punto (*b*).

Tentativas análogas han surgido de las mismas situaciones en Portugal (2).

Allí donde el espíritu liberal no ha soplado bastante fuerte para sustituir las viejas monarquías absolutas por monarquías constitucionales ó repúblicas, las leyes penales han permanecido en su antigua barbarie. Presentemos de ello algunos ejemplos.

Suecia se encontraba todavía en 1809 con las leyes criminales de 1734. La nueva constitucion exigió una reforma

---

(1) V. Sobre el *Forum judicum, Hist. del der crim.*, por M. Dubois, t. III, p. 521 y 535.

(*a*) Esta apreciacion es verdadera en el último extremo, pero dista mucho de serlo en cuanto á los otros dos Códigos. Respecto al *Fuero Juzgo*, el autor se ha inspirado en la opinion de Montesquieu, suficientemente refutada por nuestros tratadistas. En cuanto al *Código de las Siete Partidas*, es un error gravísimo considerable, como símbolo del feudalismo. Los elementos que en este Código predominan, el romano y el canónico, no podían ser más hostiles al sistema feudal. Y el hecho de no haber podido adquirir fuerza de ley en tiempo de Alfonso el Sábio, y ser admitido sólo como derecho supletorio en la célebre ley del Ordenamiento de Alcalá de D. Alfonso XI, puso claramente de manifiesto la abierta oposicion que existe entre el espíritu de las Partidas y el del derecho feudal. (*N. del T.*)

(*b*) Afortunadamente España ha salido ya de esta fase de la civilizacion, contando entre sus Códigos, desde 1848, un Código penal que, en cuanto es posible, responde á las necesidades actualmente sentidas, y puede figurar dignamente al lado de los de los pueblos más civilizados. (*N. del T.*)

(2) V. M. Ortolan, *Curso de legislacion penal, introd. hist. é introd. fil.*, pp. 98 y 47.

en las leyes penales, sobre todo en las de procedimiento criminal, y en 1834 ha tenido lugar una nueva revision, si bien esta reforma habría podido ser más profunda. Las penas usadas en Suecia, son: 1.ª, la de muerte, ejecutada por suspension ó decapitacion; 2.ª, la de azotes para los hombres, palos para las mujeres; 3.ª, la de prision á pan y agua durante veintiocho dias seguidos; 4.ª, la prision con trabajos forzados; 5.ª, la detencion; 6.ª, la exhoneracion; 7.ª, la exposicion pública; 8.ª, la reprension pública en una iglesia; 9.ª, la multa, y 10.ª, el destierro. El Código penal sueco ha sido revisado en 1834. La pena de prision se ha dividido en tres grados: prision simple, reclusion aislada y detencion á pan y agua.

El Código de Cristian V de 1687, considerablemente modificado por leyes posteriores, ha debido ceder el puesto en Noruega, despues de la reunion de este país á Suecia, á la legislacion penal sueca.

Dinamarca, que no ha tenido la misma suerte, ha conservado el Código de Cristian V. Sin embargo, aquí, como en las demás partes, se agita el nuevo espíritu, y el establecimiento de los Estados provinciales por la Carta de 1834 ha sido acompañado de promesas de reforma en materia de derecho penal, y se han obtenido ya algunas que habían sido solicitadas por los Estados.

La misma diferencia se observa entre los Códigos criminales de Alemania, segun que han sido discutidos y votados por Asambleas legislativas ó son obra de jurisconsultos investidos de la confianza de la Corona, y adictos á sus destinos. Así, una falsa idea sobre las bases de la pena, cual es la de la intimidacion, considerada como fin principal de la penalidad, había presidido en un principio á la redaccion del Código de Baviera en 1813. De aquí el carácter de severidad excesiva que le distinguía entónces; de aquí tambien la necesidad, sentida más tarde, de refundirle, y los diversos proyectos que de él han resultado, los cuales, á pesar de haber sido hechos bajo el régimen absolutista, han servido en monarquías más liberalmente constituidas, como la de Sajonia y Wurtemberg, para hacer códigos criminales muy superiores á los antiguos. Los Códigos de Sajonia y de Wurtemberg, de los cuales el uno es de 1838 y el otro de 1839, marcan una nueva era; fueron discutidos por las Cámaras constitucionales, siendo la expresion

de los sentimientos generales. En ellos se dejó ancho campo á las circunstancias de los hechos acriminados, y por consiguiente á la apreciacion del juez. El espíritu de sistema, el espíritu científico, reina en aquéllos ménos que en el Código bávaro; pero sus disposiciones se acomodaron más al carácter, las costumbres y las necesidades del país, á la naturaleza concreta de los hechos que constituyen la vida moral de una nacion. El número de los delitos es en ellos más reducido; las tentativas no son castigadas sino cuando han sido seguidas de un principio de ejecucion, y las penas son mucho ménos severas que en el Código bávaro. La de muerte no es aplicada en ellos más que contra el crímen de alta traicion, el asesinato, y los casos más graves de incendio y robo. La detencion perpétua es rara y jamás absoluta, teniendo el juez facultad de pronunciarla ó conmutarla por la de prision temporal en una casa de correccion, cuya duracion no puede, sin embargo, exceder de catorce años. En todas sus partes la escala de la penalidad es muy proporcionada; y el juez tiene el derecho de rebajarla aun del mínimun, cuando existen circunstancias atenuantes.

El Código badenés, elaborado en 1839, salió igualmente de la discusion de las Cámaras legislativas, teniendo un carácter de humanidad más pronunciado todavía que los precedentes. Ninguna pena, exceptuando la de muerte, está consignada en él de una manera absoluta; en todas las otras, divisibles por su naturaleza, se ha dejado á los jueces la facultad de ajustarlas al grado de culpabilidad.

La pena capital misma ha sido ciegamente declarada por la ley, sino sustituida por la de detencion perpétua ó correccion temporal, si por ejemplo, la premeditacion del homicidio no es imputable. La pena de muerte no puede ser pronunciada contra un menor que no haya cumplido los diez y ocho años (1).

A pesar de la influencia que los trabajos preparatorios

---

(1) Las penas del Código badenés, son: 1.ª la muerte; 2.ª la reclusion perpétua ó presidio correccional; 3.ª la destitucion de funciones ó empleos; 4.ª la detencion en una casa de trabajo ó en una fortaleza; 5.ª Detencion; 6.ª dimision forzada; 7.ª la privacion de ciertos derechos pertenecientes á todo ciudadano, particularmente de ejercer públicamente una profesion independiente; 8.ª la multa; 9.ª la confiscacion de objetos especiales; 10.ª la reprension.

del Código penal de Baviera han ejercido en el de Hanover, este último es, sin embargo, mucho más rigoroso, en atencion á que la escala de la penalidad no es la misma. Este Código procede del año 1840, y dista mucho de tener el mérito que encierran los de Sajonia y Wurtemberg: hay en él disposiciones en perfecta armonía con el espíritu del tiempo; pero en cambio hay otras que son dignas de épocas atrasadas.

Presentemos un ejemplo de ello: La pena de muerte está prodigada y establecida en el mismo contra catorce delitos diferentes (1). No nos admire que para delitos reputados más graves yaya acompañada de circunstancias bárbaras. Desplégase la mayor severidad contra los delitos politicos ó crímenes de Estado. Por lo demás, este Código deja tambien mucha latitud á la apreciacion del juez (2).

Pero el ejemplo más visible de la inmovil severidad del despotismo, de su repugnancia á reinar por afeccion, de su tendencia á sacrificar la justicia á la fuerza, el amor al ódio, es el Código penal del reino de Cerdeña. Á duras penas ha penetrado en él el espíritu de los tiempos modernos; ha sido necesario que los votos de la nacion hiciesen de esto una necesidad. Si el Piamonte no hubiese estado en los límites de Francia; si, á pesar de todas las precauciones imaginables, el aura de la libertad no hubiese visitado á los habitantes de este reducido territorio, todavía estaría regido por leyes feudales y bárbaras. Ademas del derecho romano y del derecho canónico, que estaban en vigor en los Estados sardos ántes de los movimientos reformistas de estos últimos tiempos, Saboya tenía tambien sus estatutos,

---

(1) Nueva prueba para no juzgar de la benignidad ó severidad de una legislacion criminal por la naturaleza de las penas solamente, sino tambien por la aplicacion que de ellas se hace. El Código de Hanover distingue las penas en dos categorías; criminales y correccionales. Las primeras son: la muerte, cadena, reclusion, destitucion. Las segundas comprenden: presidio correccional, detencion, revocacion ó dimision forzada. La retractacion y la represion pública en presencia de los tribunales reunidos, la simple reprension y la multa. Nada bárbaro hay en la eleccion de estas penas.

(2) V. Mittermaier, *De la legislacion penal en Alemania*; *Revista de legislacion*, t. XIV, p. 5 y siguientes; Warnkœnig, *juristische Encyclopedie* edi., etc., 1853, p. 285 y 349, 515, 523-528, 541-544; desde el último estado de la ciencia y de la legislacion criminal en Alemania hasta la época en que el autor escribía.

que se remontaban, los primeros al siglo XIV, y que fueron obra de Amadeo VIII; los segundos á Yolanda, regente de Francia. Pero su principal Código criminal es el de Víctor Amadeo, llamado *Código Vitorino*, publicado en 1723. Este Código, levemente modificado por Cárlos Manuel III en 1770, fué reemplazado por el Código penal francés de la época del Imperio. En 1814, al recobrar de nuevo sus Estados la casa de Saboya, puso en vigor sus antiguas leyes, las extendió al ducado de Génova, é hizo en todas partes tabla rasa de las instituciones francesas, queriendo destruir hasta su espíritu. El Código de 1723, puesto nuevamente en vigor en 1815, no es ni mejor ni peor que los demás códigos del antiguo régimen: el espíritu de uno es el de todos; se parecen con mucha frecuencia hasta en el lenguaje. Es justo decir, por lo demás, que el país que ha conservado por más tiempo estas tradiciones bárbaras, debe sufrir el último su responsabilidad. Por esta razon diremos aquí, de ahora para siempre, algunas palabras sobre esto.

El principal, sino el único motivo de la pena, era la intimidacion; para obtenerla con más seguridad se buscaba el terror del suplicio. La pena se llamaba venganza pública y podía serlo en el sentido propio de la palabra. La muerte, con todos los accesorios propios para convertirla en horrible suplicio; la muerte prodigada, la muerte seguida de tratamientos ignominiosos, como si la venganza no hubiese podido satisfacerse bastante con los sufrimientos impuestos por toda la vida; la mutilacion, la marca, la cuerda, los azotes en público, aplicada sobre todo á las mujeres; la desigualdad aristocrática en la aplicacion de las penas; la solidaridad del castigo extendida hasta la inocencia; la facultad discreccional del juez para elegir la pena, desde la multa hasta la de muerte, como el ridículo, unido á la brutalidad; la confiscacion general de bienes; tales eran las principales penas del Código sardo hace pocos años.

Si estas penas se hubiesen clasificado y aplicado con cierta proporcion á los delitos, la escala hubiera sido todavía en ellas más rigurosa; pero pecaban quizá más por una relacion viciosa con los delitos que estaban destinadas á reprimir, que consigo mismas. El llevar armas prohibidas se castigaba con galera temporal; la reunion de más de cinco personas con tales armas, con galera perpétua; y el que los auxiliaba incurría en la misma pena que el pros-

crito. Se ponía precio á su cabeza, y quedaba asegurada la impunidad del asesinato, aunque hubiese sido ejecutado por la más terrible venganza, por precio, por la impunidad de un crímen que se hubiera cometido anteriormente. La denuncia de un yerno, de un hermano, de un padre, de un hijo, de uno mismo, llevada á cabo por semejante motivo; los Judios, los Bohemios, perseguidos sin misericordia, sin que á nadie se permitiese darles pan, vestidos, ni asilo ; el duelo castigado con muerte y confiscacion, la multa, la cuerda, la muerte misma reservada como sancion civil de las prescripciones religiosas (de la observancia de los domingos y fiestas, de la fiesta de San Mauricio, de la Inmaculada Concepcion, de la del Santo Sudario, de la Natividad), de la observancia de la Cuaresma, del cumplimiento del precepto pascual, de la prohibicion de jurar, de blasfemar, de hacer la señal de la Cruz en sitios en que pudiese ser pisada: hé aquí una parte de las disposiciones penales que están más distantes de nuestras ideas y costumbres, y que estaban todavía, hace poco tiempo, en las ideas y sentimientos de un pueblo ó de un soberano del siglo XIX, y en un país cuyo territorio, poseido más de diez años por Francia, confina con ella.

Compréndese bien que el procedimiento criminal debía estar en armonía con semejantes leyes penales: encuéntrase tambien al lado de estas leyes bárbaras, el sistema inquisitorial, la tortura contra los mismos testigos, pudiendo reiterarse contra el acusado hasta cuatro veces.

El Código Victorino, ligeramente modificado en 1770, y por algunos edictos posteriores, ha regido en los Estados sardos hasta 1831. En esta época, al subir al trono Cárlos Alberto, introdujo profundas modificaciones en las leyes criminales del país; en 1839 dió, en fin, un nuevo Código para los Estados de tierra firme; la Cerdeña propiamente dicha, quedó sometida al antiguo régimen. Este nuevo código ha tomado algo del antiguo, un poco más, del de Austria y mucho más del de Francia.

Como en casi todos los Códigos italianos, los delitos contra el respeto debido á la religion del Estado, ocupan todavía un lugar preferente; por esto se hace relacion á las antiguas *leyes y constituciones* de 1721. La obligacion de revelar los crímenes de lesa-majestad, los atentados á las costumbres escrupulosamente enumerados y castigados, ca-

racterizan tambien esta nueva legislacion en el sentido del pasado (1).

Todos los Códigos italianos presentan los mismos vicios, en grados diversos. El Código del ducado de Módena castiga al blasfemo con multas, látigo y aún con galeras. El cadáver de un suicida es condenado por un juicio formal á la pena de horca; el libelista puede ser privado de sus bienes y aun de la vida. El Código de Parma se mancha imponiendo una pena excesiva contra el el sacrilegio (2).

§ III.

Influencia de las instituciones civiles.

Es cierto que si el estado de las personas está regulado como debe estarlo civilmente; si á la mujer no se le considera esclava, como entre los pueblos salvajes; si al niño no se mira como cosa del padre; si la religion y la ley civil, segun ella, no divide á los hombres en diversas castas, y les reconoce, por el contrario, el mismo orígen; si los extranjeros no son ni bárbaros ni enemigos para los ciudadanos, como lo eran para los Griegos y Romanos; si los pueblos conquistados, sea el que fuere su orígen y civilizacion, no son subyugados por los vencedores, como los Romanos y los Galos por los Francos, y los Anglo-Sajones por los Normandos, la ley penal tendrá un carácter de igualdad que será ya el de la justicia; digo más, tendrá una lenidad que de otro modo no conoce, puesto que tiende, por el contrario, á mantener una igualdad depresiva. Con los prejuicios de desigualdad de naturaleza, de casta, etc.; el sabío principio de no hacer á otros lo que no quisiéramos que se nos hiciese, pierde hasta cierto punto su sentido y su valor; la aplicacion llega á ser imposible. Tomemos la esclavitud como ejemplo.

No siendo el esclavo una persona civil, podía desde luego ser tratado por sus amos como un animal; es decir, que no había rigor que estuviese prohibido en cuanto á éste. Si

(1) V. sobre esta parte de la *Historia del derecho penal,* dos excelentes artículos de M. Ortolan, *Rev. étr. et franc. de legislat.,* etc., t. VIII, Mayo, 1840.

(2) V. *Tratado del derecho penal,* por Rossi, t. I, p. 66, y sig.

de ellos se ocuparon las leyes bajo el punto de vista criminal, si les devolvieron su personalidad moral, fué para perjudicarles más, pues sufrían la accion privada y la accion pública.

El último y más completo historiador de la esclavitud, M. Wallon, dice lo siguiente de este singular homenaje, tributado á la personalidad del esclavo por legislaciones que hasta entónces no le habían considerado sino como una simple cosa: «De esta inteligencia y conciencia de sus actos que se le reconocía al ratificar sus negociaciones en provecho de su amo, se le pedía cuenta en sus relaciones con la sociedad, y nunca bastó el asentimiento de su amo para autorizarle al crímen. Si á su pesar le cometía, el amo quedaba siempre libre para con la sociedad, entregando al culpable; pero el esclavo caía bajo el imperio de la ley (1), comparecía ante el la sin ninguna de las garantías que encontraba el ciudadano en las instituciones de Roma. Para él no había recurso al tribuno ántes del juicio (2), son sus jueces los magistrados ordinariamente encargados del cuidado de las ejecuciones capitales (*triumviri capitales* (3), sin apelacion despues de la sentencia; si el señor ú otro no tenía conmiseracion, era entregado al suplicio sin nuevo exámen (4). La penalidad á su vez toma tambien un grado más riguroso (5). Lo que significa para el hombre libre la pena de baston, valdrá para el esclavo la de látigo; si el hombre es condenado á trabajos accesorios en las minas, *in opus metallicorum*, el esclavo será devuelto á su amo con condicion de servirle encadenado. El esclavo y el hombre libre casi se confundirán en esta pena de trabajos á perpetuidad, que quita el uno á su amo y el otro á la libertad, para hacer á ámbos esclavos de la pena, los trabajos públicos, las minas, las canteras, los juegos del circo. Pero si pueden ser conde-

---

(1) L. 20, Alfenus D. XLIV, VII, *De obligat.*

(2) Séneca, *Controv.*, III, IX, citado por Burigny, *Memoria de la Academia de Inscripciones*, t. XXXV, p. 336.

(3) Se les vé á su vez llenar ambas funciones: presidentes de las ejecuciones criminales (Sallust., *Catil.*, 55, etc.) y jueces de hombres de baja condicion (Cicer., *pro Cluentio*, 13).—Cf. Aulo-Gell., III, á propósito de Nevio, y la nota.

(4) El pretor suavizará todavía en este punto el rigor del derecho estricto. L. 15 (Marcian), D. XLIX, 1. A quibus appellari non licet.

(5) (L. 28, § 16, Callistrat.); V. 1, 16, § 3 (Cl. Saturnino), D., LXVIII, XIX, *De pœnis*.

nados á muerte, la distincion reaparecerá entre ambos orígenes: la cuchilla para el hombre libre, el hacha para el esclavo; para el hombre libre el precipicio, para el esclavo la horca y la cruz (1).»

§ IV.

Influencia de la industria, de las ciencias, de las artes, de las letras y de la filosofía.

Esta luz de la civilizacion es la que más brilla. Su influencía sobre todos sus demás elementos, en particular sobre el derecho criminal, es incontestable. Los antiguos ya lo habían perfectamente comprendido y visto en sus admirables concepciones de Orfeo y Anfion, etc. ¿No han llamado humanas por excelencia á las letras, como si fuesen, más que todo, la expresion de las elevadas facultades que distinguen al hombre de las demás criaturas? No insistamos: todo se ha dicho ya; si algo resta por decir, es inútil para el establecimiento de los principios que ahora necesitamos: basta recordarlos. Nuestro objeto no es desenvolverlos, sino probar que abrazan el derecho criminal, como todo lo demás, quizá más aún.

Pero el espíritu filosófico es el que particularmente resume la civilizacion por su carácter crítico y su generalidad universal. El espíritu filosófico del siglo XVIII es el que ha provocado todas las reformas realizadas despues en toda Europa. Los soberanos más apegados al antiguo régimen, los más hostiles al espíritu de igualdad, de liberalismo, de templanza y de filantropía que presidiera á estos cambios, no han podido resistir. A pesar de su ódio á las nuevas ideas, á pesar de su instinto de conservacion y de inmovilidad, á pesar de su simpatía, casi tan secreta como profunda, por monstruosidades legales, han tenido que ceder y destruir con sus propias manos un edificio que hubiera podido desplomarse sobre ellos y sepultarlos en sus ruinas, si se hubiesen obstinado en no ceder. Citemos ejemplos; lo difícil es la eleccion. Rusia es quizá el más visible; pero como debe más, respecto á esto, á la imitacion que á

(1) L. 8 (Ulp.): 1, 10 (Macier), D. XLVIII, XIX.—V. *Historia de la esclavitud en la antigüedad,* por M. Wallon, parte II, cap. V, página 200.

la espontaneidad, la reservamos para otra série de ideas.

Citaremos, sobre todo, á Francia, una de las primeras que han reformado sus leyes penales, á la vez que reformaba sus leyes políticas y civiles. Su ejemplo ha sido seguido por el resto del mundo, como el espíritu de su revolucion. Debe dar la vuelta al globo. Su influencia reformadora se ha extendido á pueblos que momentáneamente había sometido. Otros han tomado despues lo que han creido mejor de sus leyes criminales. Hay, en fin, algunos que han ido más allá. Dejemos obrar por ahora á las reformas impuestas por nuestra dominacion; volveremos pronto á ellas con más oportunidad. No hablemos de los cambios poco sensibles, sucesivos y lentos que se han operado desde 1810 hasta nuestros dias: recurramos por de pronto á algunos ejemplos decisivos.

Los encontramos en los países en que la filosofía ejerce su mayor influencia. No hay que buscarlos en las dos penínsulas de nuestra Europa meridional, sino en el seno de esa nacion germánica, tan digna de la libertad; en esa jóven América, cuyas instituciones liberales nada han hecho perder á la influencia del espíritu cristiano, ni el espíritu cristiano ha quitado nada al derecho filosófico.

Si Austria no hubiese tenido su José II, su Leopoldo II, ¿hubiera tenido su Código penal de 1803? Este último, ya soberano en Toscana ántes de reinar en Austria, había mejorado las leyes criminales de su Gran Ducado. Sus reformas precedieron á las de Luis XVI (declaracion de 1780), y excedieron á las de Catalina II. El Código penal austriaco debió resentirse de ello. Respira, en efecto, en muy alto grado el espíritu de equidad y moderacion que animaba á los criminalistas filósofos del siglo último. Aunque tenga por objeto abolir todo lo que había de prematuro y poco en armonía con la Constitucion de la monarquía austriaca en el Código de José II, no ha podido despojarse enteramente del carácter de lenidad que tanto distinguía la obra de este filósofo coronado. Este Código se mejoró en 1852; pero en 1853 sufrió una modificacion retrógrada: se suprimió el jurado como en el de Sajonia. Sin embargo, se elogia mucho el Código de procedimientos (1).

---

(1) WarnKœnig., *ob. cit.*, p. 544.

En una época mucho más reciente, y merced á la misma influencia, ha llegado á ser el Código penal de un Estado pequeño, uno de los ménos imperfectos que se conocen. Hablo del Código penal del ducado de Brunswick, publicado en 1840, que se recomienda por su sencillez y brevedad. Los delitos de alta traicion y asesinato se castigan en él con pena de muerte; pero no de una manera absoluta. Gran parte se deja al arbitrio del juez. No hay imputabilidad en materia criminal antes de los catorce años, y la pena capital no alcanza á un acusado que tenga ménos de veintiun años. Si se halla tal concurso de circunstancias atenuantes que la menor pena impuesta por la ley no está en proporcion con el delito, queda autorizado el juez para pronunciar una pena bajo el mínimum de la decretada por la ley. Aquí se ve aplicada la teoría que hemos establecido en la primera parte de este trabajo: la de no fijarse sino en el hecho sin dejarse imponer por denominaciones.

El Código general publicado en 1794 por Federico Guillermo, ha regido en Prusia hasta el 1845, con algunas ligeras modificaciones, sobre todo para las provincias Rhenanas, acostumbradas á la ley francesa. En 1836 comunicóse á los tribunales un proyecto nuevo de Código penal; este proyecto acabó por ser el Código publicado en 1845. Hiciéronse adiciones á los Códigos de Sajonia y de los Grandes Ducados de Hesse y de Wurtemberg. El Código prusiano es superior al Código francés en muchos puntos, principalmente en las disposiciones relativas á trabajos forzados, detencion, reclusion, tentativa, complicidad, imputabilidad, circunstancias agravantes ó atenuantes, multa, penas infamantes, compensacion de ciertas penas ó su eleccion por el juez, y la prescripcion; pero bajo otros aspectos es inferior. Estos defectos obedecen á la constitucion monárquica del país (1). ¿Se podrá creer, que revisado en 1851, todavía contiene una rúbrica especial para los delitos contra la religion y las costumbres, una disposicion muy severa contra el sacrílego y aun contra el blasfemo (2)?

El Código penal del Gran Ducado de Baden fué promulgado el 6 de Marzo de 1846; la base de este Código es la or-

(1) Véase el análisis crítico de este Código, por M. Bergson, en la *Revista de derecho fr. y etr.*, t. II,, p. 43.
(2) Walter (Fer.), *Juristische Encycl.*, p. 316, 317; Bonn, 1856.

denanza criminal de Cárlos V (1532). Pero ha sufrido tan profundas modificaciones, que puede decirse que el espíritu no es el mismo (1). La posicion particular del país de Baden, y su legislacion penal anterior no han permitido suprimir las penas relativas á los delitos contra el pudor, contra la religion, contra la persona del príncipe y contra el crímen de alta traicion. La pena de muerte no ha parecido demasiado severa respecto al atentado contra la persona del príncipe y el crímen de alta traicion.

Los principios filosóficos en que se han inspirado los redactores del Código penal, son los siguientes:

1.° Prevenir los delitos por la intimidacion.

2.° No castigar sino las acciones que lesionan los derechos de otro; ya sean los de la sociedad, ya los de los particulares.

3.° No castigar la accion acriminada sino en tanto que el hecho es imputable, es decir, que el agente ha cometido el acto (positivo ó negativo) con intencion criminal ó con voluntad de satisfacerse, sin considerar la manera con que la ley podría mirar su accion.

4.° Establecer la ley penal como un medío de garantir la sociedad contra los atentados de los malvados.

5.° Crear en el pueblo, por la intimidacion, motivos de conformarse á la ley y á la moral.

6.° Evitar en el castigo de las acciones la arbitrariedad del juez, ya determinando las diferentes acciones penales, ya fijando las penas que se han de imponer.

7.° Elegir penas aconsejadas por la justicia y la prudencia política.

8.° No elegir, sino las divisibles, excepto la de muerte, que se espera abolir un dia.

9.° Las penas perpétuas no han sido sostenidas sino para conservar cierta proporcion entre ellas.

Se han mantenido los trabajos forzados.

Las penas dictadas contra los crímenes se llaman penas aflictivas (*peinliche-strafen*); llevan consigo la infamia (privacion del honor social).

Las otras penas llamadas civiles (*bürgesliche-Strafen*),

---

(1) Véase con este motivo la obra de M. Mittermaier, titulada: *Legislacion penal en su progreso*, análisis publicado por M. Rauter en la *Revista de derecho.*

no tienen esta consecuencia. Son las de la casa de trabajo *(Arbeitshaus)* y las de simple prision *(Gefangnisstrafe)*.

El juez elige entre el máximum y el mínimum en las penas temporales; puede bajar un grado en las penas perpétuas, y otro en la pena temporal decretada como legalmente aplicable.

La ley fija el mínimum de las penas temporales más bajo que el máximum de la pena inferior, que sigue inmediatamente.

Las penas accesorias que no pueden añadirse sino á las temporales, son:

El aislamiento, que no puede durar sin interrupcion más de dos meses.

La detencion en una celda oscura.

El alimento reducido á pan y agua; la reduccion del alimento, que no puede durar más de siete dias.

Las cadenas, por ménos de cuatro semanas.

Pueden reunirse dos ó más de estas agravaciones.

La pena de detencion en una fortaleza no puede agravarse sino por el aislamiento.

El Código penal de Baviera, casi contemporáneo del nuestro, concebido en conjunto por un célebre criminalista, Feuerbach, presenta, entre otras, la particularidad de que no admite penas infamantes. Segun M. Bonneville, que hace de él un estudio especial (1), este Código, con sus últimas mejoras, sería en verdad más preventivo, más humano, más represivo y más moral todavía que el nuestro; hablaría mejor á la inteligencia y al corazon de las poblaciones, daría más lugar á la correccion y al arrenpentimiento. Conviene recomendarlo muy especialmente, pues ha sido adoptado por los ducados de Oldemburgo, Sajonia-Weimar, por los reinos de Wurtemberg, de Suecia, de Grecia, por los cantones suizos de Saint-Gall y de Zurich, etc. Es difícil no nococer que es un mérito absoluto y relativo á la vez en el Código de Baviera, castigar ménos la tentativa que el crímen, ménos la complicidad que el atentado principal; castigar con la misma pena el adulterio en el marido y en la mujer (2); no castigar del todo la evasion, áun con fractura de la prision; no imponer al infanticida sino la detencion en

(1) *Revista crítica de la legislacion*. 1855, p. 623.
(2) *Revista crítica de legislacion*; 1852, p. 623.

una casa de fuerza, durante un tiempo indeterminado, y en general, tener un sistema de penas de más marcada lenidad que el nuestro.

El Nuevo-Mundo no podía quedar detrás del antiguo en legislacion criminal. En todas partes se revisan los antiguos Códigos, ó se hacen nuevos, cuya redaccion se confía á personas de reconocida experiencia y saber. Todos han oido hablar de M. Liwingston, encargado en 1820 y 1821, por el Senado y la Cámara de representantes de la Luisiana, de preparar un Código de leyes penales. Este Código, fruto de una gran sabiduría, es uno de los más perfectos que existen. Es igualmente notable por la simplicidad del sistema de penalidad, y por la manera con que se tratan todas las especies de delitos. Este sistema se compone solamente: 1.° de multas; 2.° de simple prision; 3.° de privacion temporal de derechos civiles; 4.° de privacion perpétua de estos mismos derechos; 5.° de la misma pena tambien, mas la prision temporal; con trabajos; 6.° de la reclusion ó prision solitaria; 7.° de la prision perpétua con trabajos.

Este mismo legislador ha estado encargado de una mision análoga para el territorio inmediatamente sometido á la autoridad del Congreso.

En 1829, revision de los Estatutos de New-York y de New-Jerssey.

En 1833, revision de las leyes penales de Massachusetts y Código penal promulgado en Georgia.

En 1834, la república de Guatemala adopta el proyecto de Código de M. Liwingston sobre la disciplina de las prisiones.

En 1830, el Brasil publica un Código penal que es un modelo de severa concision. Este Código, tomando del de Francia muchos de sus principios, lo ha corregido en algunos puntos, principalmente en lo que respecta á la tentativa, la complicidad, la responsabilidad del impresor en los delitos de imprenta, la pena capital, el destierro, las multas y las reparaciones civiles.

La clasificacion de las penas es la misma que la de los delitos, y la mayor parte tienen tres grados, segun que las circunstancias agravantes ó atenuantes predominan ó se compensan (1).

---

(1) Véanse las *Observaciones* que hace M. Foucher al frente de su traduccion del Código brasileño.

El resto de la América merídional, aunque animada de un espíritu muy poco filosófico, no ha podido resistir al movimiento de la América del Norte; pero este movimiento sólo se ha operado en los Estados más dispuestos á recibirle, tales como la república de Bolivia (1).

---

(1) El Código boliviano admite tres clases de penas; las corporales, las no corporales y las pecuniarias. Las primeras son en número de once: 1.ª la muerte; 2.ª trabajos por catorce años; 3.ª deportacion; 4.ª destierro ó expulsion perpétua del territorio; 5.ª el presidio; 6.ª los trabajos públicos; 7.ª la reclusion en una casa de trabajo; 8.ª la presencia de una ejecucion capital (argolla); 9.ª la prision en una fortaleza; 10.ª el confinamiento en un lugar ó en un distrito determinado; 11.ª el destierro perpétuo de un lugar ó de un distrito determinado.

Las penas no corporales son en número de trece: 1.ª la declaracion de infamia y la pérdida de la cualidad de Boliviano ó de la confianza nacional; 2.ª la incapacidad legal para poder ejercer un empleo, una profesion ó un cargo público; 3.ª la privacion del empleo, de los honores, de la profesion ó del cargo público; 4.ª la suspension de los mismos empleos y honores; 5.ª el arresto impuesto como castigo y declarado pena no corporal en cuanto á sus efectos civiles, sino únicamente reprension correccional; 6.ª la sumision á la vigilancia especial de las autoridades; 7.ª la obligacion de prestar caucion de buena conducta; 8.ª la retractacion; 9.ª la satisfaccion; 10.ª el apercibimiento judicial; 11.ª la reprension judicial; 12.ª la lectura pública de la sentencia; 13.ª la correccion en una casa destinada á este objeto para las mujeres y los menores.

Las penas pecuniarias son la multa, ó la pérdida de algunos efectos, pérdida que ocupa el lugar de la multa.

La prision simple puede consistir para las mujeres honradas, los ancianos, los valetudinarios y los hombres que viven de su trabajo en ser detenidos en su propia casa. La misma disposicion se halla en el Código penal austriaco.

La prensa sólo se halla obligada á respetar las instituciones, la moral pública y la vida privada.

CAPITULO XIX.

INFLUENCIA DE LA CONQUISTA Y DE LA IMITACION EN LAS LEYES PENALES.

SUMARIO.

1. Dos maneras principales de operarse los cambios en las leyes de los pueblos conquistados.—Tártaros, Mantchúes.—Roma.—Los Bárbaros.—Francia.—2. El reino Lombardo-Véneto, el Ducado de Parma y de Plasencia, Holanda, Bélgica, las Dos-Sicilias.—3. Rusia.

Un pueblo que somete á otro pretende hacerle olvidar su nacionalidad antigua, y nada recuerda mejor la independencia que ha disfrutado, que las leyes que á sí propio se ha dado en plena libertad, ó que había recibido de un príncipe, si no liberal, bastante amigo al ménos de sus propios intereses para no ponerse en sus leyes en contradiccion con el espíritu público y las costumbres del país. Existen ejemplos de lo contrario, pero no tenemos para qué ocuparnos de ellos, tanto más, cuanto que, á la larga, la fusion concluye siempre por verificarse, ya sea que los vencidos adopten las leyes de los vencedores ó recíprocamente, ya se hagan, en proporciones diversas, concesiones é importaciones de principios.

La primera manera de cambiar las leyes, es decir, imponiendo al vencido la ley del vencedor, es tanto más peligrosa cuanto la civilizacion sea más diferente de un pueblo al otro; pero si es casi la misma, si las diferencias sólo son contrariedades para las costumbres del vencido y no violencias hechas á su conciencia y á su fé, el cambio que se le hace experimentar puede ser de excelente política y de alta importancia administrativa. Ménos peligro hay en imponer al vencedor las leyes del vencido, puesto que esta imposicion sólo puede hacerse en cuanto parezca ventajosa, y no hay en este caso aquella violencia y humillacion que se hacen sentir siempre más ó ménos, en el caso contrario.

La legislacion criminal que rige hoy en la China es en

gran parte una importacion de los Tártaros Mantchues, pero apropiada al genio chino. En este punto, como en los demás, los Mantchues han sido conquistados á la civilizacion china despues de haber sometido á aquel pueblo en el siglo XVII. Este singular país tenía una legislacion criminal anterior, que debía, como todas las instituciones de la China, remontarse á la noche de los tiempos; y esta legislacion no nos es conocida sino muy imperfectamente, debiendo quizá rebajar algo de lo que nos cuentan los escritores chinos de tiempos posteriores, puesto que se conoce su propósito de encomiar la antigüedad de aquel pueblo.

Roma, educada ya en las ideas griegas ántes de haber conquistado á Grecia, acabó de ser subyugada por ésta despues de haberla sometido por completo.

A su vez, la civilizacion greco-romana acabó por triunfar de los bárbaros con ayuda del cristianismo, despues de haber estado á punto de ser ahogada, á pesar del respeto que merecía por sus leyes, y especialmente por sus leyes criminales.

No seguiremos en la historia todos los ejemplos de los cambios sobrevenidos en las leyes de los vencidos á consecuencia de la conquista, y llegaremos de una vez á las naciones modernas, y aun de esta sólo nos ocuparemos de un corto número de ellas. Nuestros códigos han reinado un instante con la fortuna de nuestras armas sobre muchos pueblos vecinos, unidos por la victoria á Francia; en Italia, sobre la ribera derecha del Rhin, en Bélgica, en Holanda; y si bien ha dado otra dominacion lugar á otras leyes, ha quedado sin embargo mucho del Código criminal del Imperio. Era natural que la Alta Italia, pasando de nuestra dominacion en 1815 á la del Austria, no permaneciese enteramente francesa por sus leyes penales; pero la prudencia, el hábito, la razon misma han mantenido muchas disposiciones del Código francés en varios países. De esta suerte, en 1820, el Ducado de Parma y de Plasencia ha promulgado un Código penal en que ha tenido la mejor parte la influencia del Código francés de entónces, aunque es superior á éste en algunos puntos: en él no hallamos ya la marca, ni la argolla, por ejemplo.

Holanda, desmembracion del gran imperio germánico, sometida primero á la casa de Borgoña, despues independiente desde el siglo XVI hasta su conquista por los Fran-

ceses, ha sido notable por la sabia tolerancia de sus leyes, particularmente bajo el punto de vista religioso. Sin embargo, el Código francés de 1810 modificó felizmente la legislacion penal de los Países-Bajos. Los cambios que sufrió en 1813 tenian sus ventajas y sus inconvenientes, de los cuales hé aquí los más importantes: 1.°, se dejaba á los jueces la facultad de pronunciar la pena de la marca contra los falsarios, segun la gravedad de las circunstancias; 2.°, la estrangulacion y la decapitacion por el hacha fueron reemplazadas por la guillotina; 3.°, la pena de trabajos forzados á perpetuidad fué derogada y reemplazada; 4.° por una detencion en una casa de correccion durante veinte años á lo sumo, el condenado, ántes de ser encerrado, se le ataba á un poste, se le azotaba y se le marcaba; 5.°, por una detencion de igual tiempo despues de haber pasado la cuchilla por encima de la cabeza del condenado, lo que se ejecutaba sobre el cadalso; 6.°, la pena de argolla era reemplazada por la flagelacion, la exposicion sobre el cadalso, ó la declaracion de infamia; 7.°, los trabajos forzados temporales fueron reemplazados por una detencion de quince años á lo sumo con flagelacion, exposicion ó declaracion prévia de infamia (1). En 1846 la flagelacion y la ejecucion simulada de la decapitacion fueron abolidas. La marca, la argolla y la infamia legal han desaparecido tambien del Código holandés desde 1834, en el cual se han introducido en 1836 otras modificaciones importantes en materia de moneda falsa, y en 1839 y en 1851, en materia de bancarrota, habiendo sido regulada la prision celular por las leyes de 1851 y 1855 (2).

---

(1) El sistema de penalidad adoptado en 1813 por Holanda, tiene muchas relaciones con el de Hesse. El art. 9 del proyecto del Código penal de este último país, estaba redactado en estos términos: Se aplicarán á los crímenes y delitos las penas siguientes, á saber: 1.°, la muerte; 2.°, la reclusion perpétua ó temporal (de tres meses por lo ménos y de diez años á lo más) en una casa de fuerza; 3.°, la destitucion de las funciones públicas; 4.°, la detencion en una casa de correccion, detencion que puede variar desde tres meses á doce años; 5.°, la dimision forzada; 6.°, la privacion de ciertos derechos políticos, civiles y de familia, siempre que esta privacion no haya sido ya pronunciada como consecuencia de otra pena; 7.°, la suspension de las funciones públicas y del tratamiento propio de ellas durante seis meses por lo ménos y un año á lo sumo; 8.°, la prision civil desde veinticuatro horas hasta tres meses; 9.° la multa de uno á treinta florines, á ménos que la ley no fije una multa mayor; 10.° la reprension de la justicia.

(2) Debemos estos detalles á M. Heyssell, abogado en el Supremo Tribunal de La Haya y á M. Jacobi, abogado en el Tribunal provincial del

Bélgica, sometida á más vicisitudes aún que Holanda, pero mucho ménos original, de un espíritu más bien francés que neerlandés, dueña de sus destinos despues de su última revolucion, ha conservado nuestro Código ligeramente modificado.

Bélgica es, por otra parte, uno de esos pequeños Estados que no se pertenecerán jamás moralmente, es decir, que no son focos de civilizacion, que están condenados á vivir bajo una influencia extranjera ó de una vida prestada, siguiendo como satélites los destinos morales de las grandes nacionalidades á cuyo destino han quedado ligadas y de las cuales han formado parte en otros tiempos.

En el mismo caso se halla Suiza, que no tiene fisonomía propia; con la diferencia de que ésta ha sufrido tres influencias y no una sola: es, por sus costumbres, por sus instituciones, como por su lengua, italiana, alemana y francesa; no es suiza, distinguiéndola solamente algunos caracteres particulares (1).

Pero lo que honra más las instituciones de un pueblo es verlas copiadas por otros pueblos cuyo espíritu es, sin embargo, muy diferente y que son independientes políticamente. Tal es el caso del reino de las Dos-Sicilias con respecto á Francia.

El Código de las Dos-Sicilias promulgado en 1819 es una imitacion del Código penal francés; pero apropiado al régi-

---

Norte de Holanda. Este nos señalaba ademas en 1860 como documentos que debieran consultarse sobre el estado del derecho criminal en Holanda: 1.° La obra de Mdl. Chauveau y Helce, anotada por M. Nypels; 2.° Schooneveld, *Het wetboek van Strafregt met aanteekeningen*, 2.ª edicion, Amst., 1855; 3.° A. J. van Deinse, *Wetboek van Strafregt*, 2.ª edicion, Middelburgo, 1858.

(1) La legislacion criminal de los cantones más ilustrados de Suiza, tales como Ginebra, Vaud, Berna, Zurich, mereceria ser consultada áun en interés de los países que se creen más adelantados porque son más importantes. Hallamos, por ejemplo, en el Código de Zurich, disposiciones penales notables. Hé aquí su conjunto: Este Código establecía primeramente cuatro clases de penas: 1.°, la muerte; 2.° las penas privativas de la libertad; 3.°, las que afectan al honor; 4.°, las penas pecuniarias.—Las penas de la segunda clase son: 1.°, la cadena; 2.°, la detencion en una casa de correccion; 3.°, la prision; 4.°, el destierro y el confinamiento.—Las de la tercera, son: 1.°, la interdiccion absoluta ó temporal del ejercicio de los derechos de ciudadano; 2.°, la destitucion; 3.°, la suspension; 4.°, la prohibicion de visitar las tabernas y los figones; 5.°, la reprension.—La cuarta clase, comprende: 1.°, las multas; 2.°, la confiscacion de ciertos objetos; 3.°, la privacion perpétua ó temporal del ejercicio de ciertos derechos, profesiones ó privilegios lucrativos.

men de la monarquía absoluta. Todos los cambios no son sin embargo, imperfecciones. Notamos, en particular, tres soluciones en la cuestion de hecho, segun que el juez se halla cierto de que el delito se ha cometido ó no tiene esta certeza. En este último caso, el Gran Tribunal puede ordenar que el acusado sea puesto en libertad provisional ó solamente que se forme una instruccion suplementaria; pero si esta instruccion dura más de un año, el acusado tiene el derecho de exigir su libertad provisional, y si no se halla sometido á un segundo juicio en el curso de dos años á contar desde la primera decision, su libertad llega á ser definitiva (artículo 280-282, Proc. crim.) Estos plazos son muy largos, pero el espíritu de esta parte del procedimiento, es justo.

Mas la poderosa influencia de la civilizacion no se ha hecho notar en ningun punto tanto como en Rusia desde Pedro el Grande. Este hombre extraordinario acometió la empresa de elevar de pronto á sus pueblos bárbaros al nivel de los más civilizados. La empresa era jigantesca, imprudente quizá. La distancia que separaba á sus pueblos de las naciones más civilizadas de Europa, bajo el punto de vista que nos ocupa, merece que nos detengamos un instante.

La más antigua pena usada en Rusia (para el homicidio) parece haber sido el destierro del culpable y de su familia, el saqueo y la destruccion de su casa y sus propiedades; en Nowgorod se le ahogaba en el Wolchow, y en otras comarcas se le dejaba emigrar á tierra extranjera (1).

La razon de Estado hizo bien pronto decretar otras penas: la multa no bastaba ya para asegurar la paz pública. El derecho canónico griego, los usos y las costumbres de los Estados vecinos, de los Tártaros en particular, trazaron el camino de estas innovaciones. Ademas de las penas que privaban de la libertad y llevaban consigo la confiscacion, se hallaban frecuentemente en uso la muerte, las penas corporales y la mutilacion (2).

Los diez y siete artículos supletorios á la Prawda de Jaroslaw, promulgados por sus hijos, tienden cada vez más á reemplazar las penas aflictivas por las pecuniarias

---

(1) Alex. von Reutz, *Versuch übir die geschictliche Ausbildung der russischen Staat*, etc., en 8.°, Mittau, 1829, p. 202.

(2) Alex. von Reutz, *Versuch übea die geschictliche Ausbildung der russischen Staats*, etc., in 8.°, Mittau, 1829, p. 203.

(*Ibid.*, p. 305-310), y lo mismo sucede con la Prawda del siglo XIII (1). (*Ibid.*, p. 314-333).

Esta tendencia no fué general en todo el territorio que hoy comprende el Imperio ruso. Así, en el siglo XIV, los Zaparogues (especie de Cosacos) no tenían aún leyes escritas; se sujetaban á sus usos, y se dice que la justicia no sufría por ello quebranto alguno, puesto que los criminales eran juzgados con imparcialidad y castigados con una severidad poco comun. Un Cosaco que mataba á uno de sus camaradas, era enterrado vivo con aquel á quien había quitado la vida, y el ladron debía estar durante tres dias en la argolla; despues era azotado con frecuencia hasta hacerle morir (2).

Las penas volvieron á ser en todas partes corporales en Rusia; pero sin que por esto cayeran en olvido las pecuniarias. Desde la dinastía de los Romanoff, el Código criminal de Rusia se puso en armonía con los de las demás potencias europeas; pero se resiente profundamente tambien de la forma despótica de su gobierno, y sus penas cada vez más severas tienen por fin la intimidacion, predominando siempre las ideas del antiguo derecho, en lo que concierne al daño experimentado por los intereses públicos.

Los delitos son tanto más severamente reprimidos, cuanto más peligrosos son para el Estado. La gradacion está bastante bien marcada.

Los pricipios relativos á la responsabilidad moral, á la agravacion ó á la atenuacion de la pena se determinan en las numerosas ordenanzas penales hechas para casos particulares.

Las penas son en general: la muerte, sufrida de diferentes maneras, la mutilacion (pérdida de la mano, de la nariz, de la oreja, etc.), las penas corporales (Knout, palos), la prision, la multa, la confiscacion, las penas infamantes y las penas arbitrarias que decreta el Czar.

Sólo la autoridad soberana impone las penas, no teniendo el juez libertad de accion (3).

El Código militar mismo redactado por Pedro el Grande, fué en gran parte tomado de las legislaciones contemporá-

---

(1) Ewers. J. Phil. *Gus alteste Recht der Russen in seiner geschichtlichen*, etc., in 8.°, Dorpat, 1836, p. 314-335.
(2) Malte-Brun, *Geografía universal*, t. III, p. 512.
(3) Alex, von Reutz, *ob. cit.*, p. 392.

neas de Suecia, de Dinamarca y la Carolina, y es mucho ménos imperfecto de lo que se podría creer: distingue la premeditacion, la falta y el accidente; no se confunde en él la intencion con la tentativa y la perpetracion; la culpabilidad se halla graduada por razon del grado de participacion del agente; y en fin, se halla en él una indicacion bastante detallada de las causas de excusa, de agravacion y de atenuacion (1).

A pesar de estas importaciones, las leyes penales de Rusia llevan en esta época el doble sello del despotismo y de la dureza propia á cada uno de los Czares de este tiempo y de esta dinastía, viéndose obligados á convenir en ello los apologistas más decididos de los asuntos rusos: «La remuneracion (el talion y la composicion), la intimidacion y la moralizacion, dice uno de ellos, han caracterizado sucesivamente la legislacion rusa. El primero de estos sistemas terminó con la publicacion del primer soudebnik central, cuya base es la composicion pecuniaria; el segundo se halla caracterizado por penas puramente aflictivas: la muerte, la mutilacion, el atenazamiento de las narices, el knout, los tormentos bárbaros y las atrocidades repugnantes. El Código penal militar es todavía mucho más cruel que el civil. Este sistema llegó á su apogeo bajo Alejo y Pedro el Grande, y fué cayendo poco á poco en desuso bajo la benéfica influencia de las costumbres: ya en tiempos de Isabel no era más que un medio de intimidar (2).

Se ha elogiado mucho la legislacion rusa del siglo XVIII, y la verdad es que tenía un mérito relativo; pero este mérito no se puede comparar con el de la mayor parte de las legislaciones modernas de la Europa. Nadie ignora que Rusia, bajo Catalina II, realizó mejoras importantes en sus leyes criminales, y que inspirada por los filósofos franceses, cuyas luces buscaba, llegó esta soberana á adelantar al resto de la Europa en ciertos puntos; pero leyendo el Código penal ruso puede ponerse en duda que estas reformas fuesen moderadas, y hubiesen sido mantenidas sinceramente y que haya habido en Rusia el espíritu que las sostiene, las hace vivir y las desarrolla.

Ya sabemos que ha sufrido desde hace poco tiempo

(1) *Revista de derecho francés*, etc. Marz., 1846, p. 250.
(2) *Revista de derecho francés*, id., p. 251.

nuevas reformas; pero las mejoras introducidas, ¿son respetadas en la aplicacion? Rusia tiene leyes penales tolerables, y buenas quizá bajo muchos puntos de vista; pero, ¿tiene jueces, tiene magistrados, en general, tiene un pueblo al nivel de sus instituciones? Sin pretender conceder al libro de M. de Custine sobre la Rusia más autoridad que la que realmente tiene, aunque se halle de acuerdo en puntos esenciales con otras obras ni más ni ménos sospechosas, es necesario convenir en que la duda que hemos expuesto se halla muy cercana á la certidumbre. Por otra parte, las cualidades que se nos elogian en el nuevo Código son tambien un indicio de un resto de barbarie ó de una desconfianza que sería injuriosa para los jueces si no la mereciesen. Dejemos hablar al mismo M. This: «La redaccion del nuevo Código ruso, obra admirable de precision, pero quizá minuciosa hasta el extremo, ha querido determinar con exactitud la naturaleza de cada pena y su correlacion con las otras; establecer en cada género de represion muchos grados, y en cada grado variaciones y modificaciones, á fin de tener en la aplicacion toda la latitud deseable para agravar ó atenuar la pena segun la infinita variedad de circunstancias que modifican la criminalidad del acto, y de realizar una transicion casi insensible desde una pena precedente á la subsiguiente. Con las diferentes variedades en la aplicacion, las divisiones y las graduaciones, sucede que el legislador ruso dispone de cuarenta y un modos de represion, arsenal bastante rico para satisfacer las más minuciosas exigencias de la criminalidad (1).»

Si quisiéramos adelantar más en este estudio, aún podríamos determinar las influencias combinadas que acabamos de examinar aisladamente; pero este trabajo nos conduciría mucho más léjos. Basta con haber llamado la atencion del lector sobre cada punto de vista. Estas influencias diversas son como otras tantas causas que pueden ejercerse simultáneamente en proporciones muy variables; pero cuyos efectos combinados son generalmente fáciles de distinguir y pueden desde luego ser referidos á sus causas respectivas.

Terminaremos, pues, este largo capítulo por una obser-

(1) Cf. sobre la historia de la antigua legislacion penal de Rusia, Du. Boys, *ob. cit.*, p. 567-617, y para la penalidad, véase 617-635.

vacion que no deja de tener importancia, puesto que va encaminada á evitar un escándalo contra el cual la alta razon del mismo Pascal ha venido á estrellarse de una manera poco edificante, y es, que no debe admirarnos que la legislacion penal varíe segun los tiempos y los lugares. Esta variacion que no fué explicable por la ignorancia y los prejuicios de los legisladores, lo sería por muchas circunstancias, pero principalmente por las de la civilizacion y del clima. Estas situaciones, con frecuencia muy diversas, hacen en efecto que una accion materialmente idéntica sea perjudicial en más ó ménos grado ó deje de serlo.

En el primer caso, es un delito, y este delito puede variar en grados; en el segundo, es una accion inocente, y ésta puede ser un beneficio.

¿Puede, por lo tanto, extrañarse, que sea castigado en un lugar ó en un tiempo y que quede impune ó áun recompensado en otro tiempo ó en otros lugares diferentes? ¿No se observa bajo esta diversidad aparente una identidad real? ¿Qué es lo que se castiga en todos los casos sino el mal hecho injustamente á otro? Por otra parte, ¿no son los servicios los que se recompensan?

Cuando se encuentra un pueblo que castiga una accion considerada útil para los demás, y que recompensa otra reputada como ocasion de daño y de sufrimientos injustos para los que la sufren, y que viviendo bajo las mismas leyes forman la misma ciudad, entónces habrá motivo para escandalizarse y hacer notar la contradiccion; pero hasta que esto suceda toda declaracion de este género contra la justicia humana, no es más que pura ignorancia, ligereza, mala fé.

Tampoco debe extrañarse la diversa manera, como tanto por la cualidad como por la cuantidad, se decretan las penas segun los tiempos y los países. La razon de esta diferencia está en la variabilidad de la naturaleza y en el grado del delito segun las circunstancias, en la relacion natural que existe entre la pena y el delito bajo el doble punto de vista de la cualidad y de la cuantidad; en la diferencia de las costumbres, de la civilizacion, de las creencias religiosas, etc.

Todo es, pues, proporcionado, y una legislacion penal hecha para el pueblo en que debe regir, es siempre sobre poco más ó ménos lo que debe ser; pero como los pueblos

cambian en la manera de sentir y de pensar, es necesario que una legislacion no sea considerada de una bondad absoluta, y que debia permanecer siempre inmutable; por el contrario, debe variar indefinidamente para conformarse con el espíritu y con las necesidades de los tiempos (1).

---

(1) V. Bentham *Tratado de legislacion civil y penal,* t. III, página 115-179.—*Ensayos históricos sobre las leyes,* p. 111 y 126.

CAPITULO XX.

DE LA ACUMULACION DE LAS PENAS.

SUMARIO.

1. Doble significacion de estas palabras.—2. En general se debe evitar la acumulacion, principalmente cuando el delito no tiene un carácter complejo.—3. Pena principal y penas accesorias con frecuencia inseparables.—4. Lo que son en general las penas accesorias.—5. Dificultad bajo este punto de vista.

Hemos tocado ya este asunto al hablar del concurso de los delitos, pero debemos ser más explícitos y esta es la ocasion de verificarlo.

Las penas pueden ser acumuladas de dos maneras: ó cuando, siendo de la misma naturaleza, por ejemplo, la prision y la multa, la una se agrega á la otra y forma con ella un todo cuyas partes son contínuas ó simultáneas, ó cuando, siendo de diferente naturaleza, la una es adjunta á la otra.

Dos penas pueden hallarse unidas sin distincion entre la principal y la accesoria, ó bien, por el contrario, darse la una como consecuencia de la otra.

Ademas, dos penas puede imponerse ó para el mismo delito ó para muchos simultáneos ó consecutivos (1).

En general, cuando el delito no es complejo, se limita en cuanto es posible á un género particular de pena que es física, ó moral, ó solamente pecuniaria; pero ademas de que no es siempre posible imponer la pena que mejor convendría, el delito es con frecuencia de tal naturaleza que exige una pena principal y otra accesoria. El dejar á un condenado á trabajos forzados perpétuos ó á la deportacion, el goce de sus derechos políticos, civiles y de familia, sería cosa posible física pero no moralmente.

---

(1) La acumulacion de este género estaba prescrita por la ley romana: «Nonnunquam plura delicta concurrentia faciunt ut illius impunitas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit pænam. Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, aquilia tenetur, etc.» (L. 2, D., *De privat, delict*).

Las penas accesorias son, en general, incapacidades legales, y resultan de las penas principales: tales son, la muerte civil, la privacion de cierta clase de derechos y la vigilancia de la alta policía; pero precisamente, porque las penas accesorias resultan de la naturaleza de las cosas y se imponen como consecuencia de ellas, es una razon para hacer las penas principales ménos severas y para no admitir como accesorias, sino aquellas que lo son realmente, mejor dicho, indisolublemente.

En el caso en que concurran muchas penas distintas para castigar á una sola persona, la mayor parte de los pueblos se limitan á imponer la pena mayor perdonando la menor. Debemos considerar como pena mayor aquella que, con relacion á otra de la misma naturaleza, es más grave en cuanto á la duracion ó á la intensidad, considerándola en toda su extension legal, sin que el juez se halle obligado á aplicar el *máximum*.

Sin embargo, esta reduccion de las penas merecidas por muchos delitos distintos separados ó conexos, es cuestion de humanidad y no de estricta justicia, puesto que no habría imposibilidad jurídica de hacer sufrir á un indivíduo culpable bajo diferentes conceptos, todas las penas que hubiera merecido por sus crímenes, ya simultáneamente, si la naturaleza de los casos lo permitía, ya sucesivamente.

Hay, sin embargo, ciertas penas cuya conexion podría tener su peligro aunque fuera justa. Así, era una mala penalidad la de las antiguas leyes que unían la multa á la confiscacion, á las penas aflictivas. No se contentaban con hacer morir á un hombre, sino que se privaba de sus bienes á sus herederos, y podían éstos considerarse felices si no se les asesinaba judicialmente para despojarlos de los mismos. Concíbese que la más honrada posesion de una gran fortuna, sea el más grande de los crímenes á los ojos de un tirano codicioso; pero ¿qué decir de la absurda é inútil barbarie que exigía que se arrasase la casa del culpable? ¿No era este un medio seguro de hacer perdurable el recuerdo de aquellos lugares que se habían habitado? En ciertas comarcas como en Saint-Amant, en Puéle (Flandes), no se demolía la habitacion del condenado, sino que se la prendía fuego; cuya bárbara costumbre fué abolidad por una ordenanza de Junio de 1336.

CAPITULO XXI.

DE LAS DIFERENTES ESPECIES DE PENAS EN GENERAL (1)

SUMARIO.

1. La diferencia de las penas no es arbitraria: Su razon.—2. Condicion de una pena.—3. La proporcionalidad de la pena es imposible en el sistema de la unidad genérica de la misma.—4. Discusion de este sistema.—5. Dos clases de penas universalmente admitidas.—6. La infamia, la indignidad, no ha podido sobrevenir sino á consecuencia de las otras dos clases de penas.—7. Crítica del Código penal francés.

La diferencia de las penas no es más arbitraria que la pena misma, y tiene su razon en la diferencia de los delitos. Así como un delito no es simplemente un delito, sino tal ó cual delito, de la misma suerte una pena no es tampoco una pena en general, sino necesariamente tal ó cual pena.

Así como el delito no es tal sino porque atenta á la legítima sensibilidad de otro en su persona, en su honor, en sus bienes, en su consideracion, ó con más brevedad, en su persona y en sus bienes, así la pena no puede ser tal sino á condicion de violentar y hacer sufrir la sensibilidad disculpable en su persona ó en lo que posee y en lo que le es más querido, excepto otras personas.

Si la pena no debiera cambiar de naturaleza segun la naturaleza misma del delito, se debería renunciar á la idea de establecer la debida proporcionalidad con alguna exactitud y de una manera algo cierta entre el castigo y la falta;

---

(1) Véase sobre este punto. Remmevich y Metzler, *Dissert. de pœnis naturalibus*; Beemann, *Medit. polit.*, 15; Boehmer, *Introd. in jus publ. univ*, p. 556; Hochstelter, *de Jure pœnarum;* Vico, *de uno Universi juris principio et fine uno*, p. 141, edit. Ferr. Mediol., 1835; Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, VI, 9; Ancillon, *Del espíritu de las Constituciones civiles y de su influencia sobre la legislacion*, (all.,) Berlin, 1825, p. 231-276; Rossi, t. III, p. 119; Boitard, *Lecciones sobre el Código penal*, p. 22-46, y p. 46-168.

proporcion que ha sido juzgada siempre necesaria cuando es física y moralmente posible. Sería necesario renunciar al principio de la igualdad jurídica, de la reciprocidad, único principio, sin embargo, que permite la aplicacion de la nocion del derecho á teoría de la pena.

¿Qué proporcion exacta hay en efecto entre el ultraje, la muerte y una pena puramente pecuniaria, por ejemplo, y qué medio de castigo habría para el que nada posee? ¿Qué proporcion claramente apreciable hay entre el robo ó la destruccion y una pena aflictiva?

¿Se dirá que la unidad entre el sufrimiento causado por el delito y el que es ocasionado por la pena resulta de la contrariedad que experimenta el delincuente de ser menoscabado en sus bienes? Esto es verdad sin duda; pero es necesario convenir al ménos en que esta es una semejanza muy lejana, cuyos términos son de difícil comparacion y que, por lo tanto, la proporcion es vaga é incierta (1). Sólo la necesidad puede excusar de no hacerlo mejor.

Se pueden, por lo tanto, admitir en principio dos clases de penas por lo ménos; las unas que afectan al culpable en su persona física y moral, las otras en sus bienes, segun que él haya atentado á las personas ó á los bienes de sus semejantes. Si fuera necesario por razones de humanidad, de moral ó de imposibilidad física renunciar á esta proporcionalidad (2), ¿no sería todavía ocasion de realizar entre estos dos géneros naturales de penas una especie de compensacion que sería legítima por la sola imposibilidad de obrar de otra manera y de volver á la máxima del derecho romano, que quien no puede pagar con su peculio debe pagar con su cuerpo? (3).

---

(1) Hay una naturaleza genérica y una naturaleza específica en la pena como en el delito. La proporcion es ménos visible, ménos perfecta cuando no se puede aplicar á una especie de delito la especie de pena más propia, más análoga. Pero hay tambien una proporcion lejana entre una especie cualquiera de delito y una pena cualquiera, por ejemplo, entre la muerte y la pena pecuniaria. Esta proporcion y esta analogía del género á la especie, basta, por lo tanto, para que haya todavía en rigor una cierta aplicacion posible del gran principio de la reciprocidad en materia penal; pero esta aplicacion es más vaga, y ménos cierta su equidad.

(2) Es decir, entre la naturaleza y el grado del delito de una parte, y la naturaleza y el grado de la pena de otra.

(3) *Qui non habet in ære, luat in corpore*; l. 25, D., *De in jus vocando*.

¡Qué dificultad y qué fuente de arbitrariedad en la estimacion pecuniaria de un delito por ultrajes, heridas, muerte, etc.! La misma pena pecuniaria impuesta absolutamente por el legislador, ¿afectaría de igual manera al pobre y al rico, al avaro y al pródigo?

Así se han admitido casi siempre dos clases de penas; las unas que afectan á las personas, y las otras á los bienes; y todos los pueblos civilizados han reconocido ademas penas morales que afectan á la consideracion. En las sociedades ménos cultas hay una opinion pública que es ya una gran potencia. No hay quizá pasion más universal que la del amor propio, pasion que hace nacer la necesidad de la estima de otro, y esta necesidad, cualquiera que sea la naturaleza de su objeto, se encuentra en todos los hombres: todos son sensibles al honor, á la gloria; todos pretenden hacer valer su mérito á los ojos de sus semejantes (1), y por lo tanto, en todas partes hay tambien penas infamantes, ora sean ó no impuestas á propósito, como tales.

Por lo demás, cuando la vanidad del hombre ó la justa estima de sí mismo hacen que conceda un precio más ó ménos grande á las distinciones externas, á signos de superioridad ó de valor, esta es una coyuntura feliz que al legislador se ofrece. Entónces puede herir solamente el amor propio, y las penas infamantes pueden ocupar un lugar como especie distinta (2). El honor, por frívolo que pueda ser su objeto, es tambien una especie de bien, á veces un bien inmenso; pero es de una naturaleza muy especial; de suerte que la division comun de las penas es muy admisible, pero á condicion de que el legislador se aconseje de la opinion en lo que respecta á la infamia.

Debemos decir, sin embargo, que la manera como nuestro Código penal entiende y aplica la division de las penas, no nos parece racional. Admite tres clases de penas: 1.°, las unas aflictivas ó infamantes; 2.°, otras infamantes solamen-

---

(1) Sábese que los mismos caníbales consideran un honor el saber morir heróicamente en medio de los suplicios, mereciendo por ello un justo renombre despues de su muerte.—Los Germanos, los Galos eran muy susceptibles en punto al honor, y hacían consistir una especie de mérito en combatir sin escudo. V. Tácito, *Costumbres de los Germanos*, c. XXIX.

(2) Se puede juzgar de la importancia que han dado los hombres á los signos convencionales por el precio á que los obtienen, así, por ejemplo, la Orden de la Farretiera se paga por lo ménos en 96.000 francos.

te; 3.°, una tercera especie que llama correccionales. Esta division peca por más de un concepto: 1.°, toda pena, excepto quizá las de policía administrativa, lleva consigo cierto oprobio, puesto que no puede ser muy honroso en principio el ser castigado. Sin embargo, como la opinion no se halla siempre de acuerdo con las leyes, si hace excepciones, la ley hará bien en unir la infamia á sus penas, puesto que dará con ello más realce al mérito del que la sufre. La opinion es la que hace la infamia, el honor y el deshonor: la ley nada puede en este punto; pero lo que puede hacer muy bien es privar, en grados diversos, de derechos políticos, civiles, de familia, de empleos, de privilegios, de títulos y distinciones honoríficas, etc. Hállese ó no de acuerdo con la opinion, afecta al indivíduo, privándole del beneficio ó del uso de estos derechos, y aún puede hacer más, puesto que puede servir á la cosa pública. Hé aquí, en nuestra opinion, los límites dentro de los cuales el legislador puede razonablemente herir la sensibilidad moral de los ciudadanos.

La infamia, propiamente dicha, no debe ser jamás una pena legal, positiva, y sí sólo una pena moral, consecutiva de otras penas y fruto de la opinion que la imprime ó no á su albedrío. 2.° Teniendo ó pudiendo tener por fin toda pena, sin exceptuar la de muerte, la enmienda de un culpable, se sigue de aquí que es una mala division de las penas el llamar á unas correccionales y á otras no. El Código ha tomado por especies particulares de penas, dos caracteres de todas ellas, la vergüenza que llevan consigo y la utilidad moral que pueden tener para el culpable; lo cual es más que una falta de lógica, puesto que es, en apariencia al ménos, quitar el lado ignominioso y correccional á la mayor parte de las penas. 3.° Es una tercera falta el haber unido la infamia á las penas temporales, puesto que la infamia es por su naturaleza, perpétua; no se rehabilita un indivíduo en la opinion pública tan fácilmente como se le abren las puertas de la prision. 4.° ¿No sería un cuarto defecto haber hecho depender la infamia de la sentencia de un tribunal, más bien que del delito, aunque á causa del delito mismo? (1)

---

(1) Véase sobre los artículos 6-11 ó sobre el sistema general de penalidad del Código penal francés, la extensa crítica que de ellos hace Boitard en sus *Lecciones*, p. 45-56. El Código penal de Bélgica, si hu-

Más justa nos parece la opinion de Corneille; aunque es cierto que no hay culpabilidad reconocida, hasta que no se ha impuesto la pena.

---

biese sido reformado segun el proyecto de 1849, hubiera suprimido la distincion de las penas en *infamantes y no infamantes*. «Esta determinacion, dice el ponente, no tiene necesidad de justificacion. Es inútil recordar aquí todo lo que se ha dicho y escrito contra las penas infamantes en virtud de la ley, siendo por otra parte una cuestion definitivamente juzgada. Nada más justo que la sociedad que os da derechos os prive de su goce ú os declare fuera de ella cuando le faltais; pero que la ley declare la infamia, es abusar de su poder: como dice Bentham, no sabe si la opinion aceptará esta letra de cambio girada contra ella.» (*Revista de derecho francés y extranjero*, 1850, p. 669).

Este proyecto propone igualmente la supresion de la deportacion, porque Bélgica no tiene colonias; la del destierro, por respeto á las relaciones diplomáticas con el extranjero y en nombre de la sana política; las de la argolla y la marca, generalmente reprobadas; la de la degradacion cívica, como pena principal, porque es indivisible y castiga muy desigualmente, segun la posicion social de los culpables; la de exposicion pública, cuyos resultados funestos son suficientemente conocidos, y en fin, la de trabajos forzados (*Revista de derecho francés y extranjero*, p. 669-676).

El Código napolitano nos parece razonable cuando declara que «ninguna pena es infamante y que la infamia que resulta de un crímen infamante por su naturaleza ó por su gravedad, sólo se extiende á la persona del culpable» (*Leyes penales napolitanas*, art. 1).

En la India, ni el crímen ni la pena llevan consigo la infamia (Dubois, *Usos y costumbres de la India*, t. II, 455).

CAPITULO XXII.

DE LAS PENAS AFLICTIVAS Ó CORPORALES.—DE LA PENA DE MUERTE EN PARTICULAR.—DE OTRAS ESPECIES DE PENAS CORPORALES.

SUMARIO.

1. Carácter de las penas aflictivas.—2. Su variedad.—3. Fecundidad de la imaginacion de los antiguos respecto á este punto.—4. Los bárbaros.—El feudalismo.—5. Progresos en este punto.—Reformas que aún son de desear.—6. De la pena de muerte.—Exámen de su legitimidad.—7. De la mutilacion.—8. De la sangría como pena.—9. La fustigacion, la flagelacion.—10. La marca.—11. Las galeras, los trabajos públicos.—12. La detencion en el sentido genérico de la palabra.—Sistemas penitenciarios.—Especies.—13. Prision, pena natural, antigua; cómo era considerada por los Eslavos.—Partido que de ella saca Austria.—Manera equitativa é inteligente como se aplicaba esta pena en Rusia.—14. A qué clase de delito convendría mejor la privacion de la libertad y en què sentido conviene para todos los delitos.—15. Detencion preventiva.—16. Destierro, deportacion, confinamiento, relegacion.

Llámanse generalmente aflictivas todas las penas que consisten en una sensacion dolorosa que se hace experimentar: tales son, la pena capital, la de la mutilacion, la de azotes, la marca, etc.

La imaginacion de los hombres ha sido fecunda en invenciones de esta naturaleza. La venganza conduce ya á los salvajes á un cierto refinamiento en los suplicios, por ejemplo, el hacer perecer lentamente á azotes, el mutilar ántes de degollar, el quemar vivo á fuego lento, el hacer perecer por la accion prolongada del agua hirviendo, el enterrar vivo, etc.

Pero los honores de la invencion en este género pertenecen á las antiguas civilizaciones del Oriente. Egipto tenía la mutilacion, la pena capital (1), las minas, los trabajos públicos, el suplicio de la ceniza (2) conocido tambien por

(1) Amasis y Sabacon reemplazaron la pena capital por la mutilacion, los trabajos públicos y áun por los trabajos coloniales (Diod., I, 60, 65),
(2) Herod., II, § 100.

los Hebreos, los Asirios y los Persas; y Persia tenía ademas el horroroso suplicio de los dornajos (*a*), el de desollar vivo y cortar la lengua á aquel que mentía (1). En la India, los hombres de las tres últimas castas podían ser castigados con diez penas aflictivas: por los órganos de la generacion, por el vientre, la lengua, las dos manos, los dos piés, el ojo, la nariz, las orejas, y, por último, con la pérdida de la cabeza (2). China tenía antiguamente sus cinco suplicios, sobre la naturaleza de los cuales no se hallan de acuerdo los tratadistas (3). Los Indios quemaban, colgaban, estrangulaban, cortaban la cabeza, partían en dos, crucificaban, ahogaban, aplastaban bajo los piés de los animales ó bajo las ruedas de los carros, bajo trillos y bajo tablas erizadas de puntas; apedreaban, precipitaban desde lo alto de las casas, de las torres ó de las rocas; aprisionaban, ataban por las manos, por el cuello, por los piés; ponían bajo el yugo, etc. (4). Es de presumir, sin embargo, que habían tomado una parte de sus suplicios de sus vecinos, y tambien

---

(*a*) Segun Herodoto, consistía este terrible suplicio en colocar al condenado en un dornajo que se cubría con otro de igual longitud y anchura, pero preparados con los agujeros necesarios para que quedasen fuera la cabeza, los brazos y las piernas, perfectamente sujetos para que no pudiese hacer movimiento alguno, y dejandole á la intemperie. Despues se obligaba al paciente á comer y beber por fuerza, sino quería hacerlo bien á bien. Embadurnabásele la cara con una mezcla de miel y leche, y se le colocaba en tales posiciones que le estuviese dando de lleno el sol todo el dia. Cubríasele, como es natural, el rostro de moscas. Obligado, al cabo de algun tiempo, á verse envuelto en sus propios escrementos, se convertía el tronco de su cuerpo en una infinita gusanera que era lo que se encontraba al deshacer el horrible aparato. (*N. del T.*)

(1) *Herodoto*, *Terpsic.*; Val-Maxé, VI, 3.

(2) Pastor., *Historia de la legislacion*—Véanse tambien las leyes de Manú.

(3) Los cinco suplicios que se usaban en tiempo de Confucio, eran, segun se dice: 1.° una marca negra que se imprimía sobre la frente; 2.° la amputacion de la extremidad de la nariz; 3.° la del pié ó la del nervio de la pierna; 4.° la castracion; 5.° la muerte. Estos cinco suplicios servían para castigar tres mil delitos, y estuvieron mucho tiempo en uso despues de haber comenzado la monarquía: las dinastías de *Chang* y de los *Tcheu*, ajustaron sus leyes criminales á las de *Hia*. Al comienzo de la dinastía de los *Tcheu*, era muy raro tener necesidad de acudir á los suplicios, y todavía más que se condenara á muerte; en cambio, despues de Li-Ouang, que subió al trono el año 878 ántes de J. C., las ejecuciones fueron muy frecuentes en todo el imperio, bajo los reinados de algunos príncipes y emperadores crueles (*Memorias sobre los Chinos*, IV, p. 56).

(4) Pastoret, *Moisés considerado como legislador*, etc., p. 356-387.

de los Egipcios y los Babilonios, y que tenían el suplicio del fuego, el de las bestias feroces, etc.

Los grillos, el collar, la rueda, la pena capital por medio de la cuchilla, la cuerda, el veneno, la maza, la cruz, la lapidacion, la pira, la precipitacion desde un lugar elevado, etcétera, eran las principales penas aflictivas usadas entre los Griegos (1).

Casi las mismas eran las de los Romanos (2); siendo las más ordinarias la pena capital, la condenacion á las minas, la privaccion del agua y del fuego, la deportacion, la relegacion ó el destierro.

Los Bárbaros se distinguían en las suyas por la facultad de rescatar todas las penas aflictivas por medio de la composicion; facultad que hallamos en otras muchas legislaciones, pero en menor grado, por ejemplo, entre los Persas de hoy (3).

La Edad Media feudal excedió á la legislacion llamada bárbara, que había sido en gran parte inspirada por el cristianismo, y que era más dulce y más sensible, bajo muchos puntos de vista, que las legislaciones antiguas (4).

Esta legislacion de la Edad Media ó de los tiempos feudales, cuya salvaje expresion se revela particularmente en los tribunales *wehmicos* (*a*) (5), era la de la violencia y de la fuerza. Sin embargo, el clero, que había conservado el derecho romano apropiándolo á su espíritu (6), el emperador de Alemania y los demás príncipes europeos que sentían la necesidad de restaurar la justicia y la de sustraer á los pueblos á la arbitrariedad de los señores, y que divisaban en estas medidas un nuevo elemento de poder en su favor, se acordaron tambien del derecho romano. De esta fuente,

---

(1) V. Robinson. *Antigüedades griegas*, trad. fr., t. I, p. 200-206. En Esparta se mordía el pulgar á los niños.

(2) Instit., § 2, *De publ. jud.*; D., l. 28, *De pœnis*; *ib.*, I, 6, § 1 y 2; l. 7 y 8.

(3) Anquetil-Du Perron, *Legislaciones orientales.*, p. 209.

(4) Gioja, *De la injuria, del daño*, etc., p. 2. Milan, ed. 1829.

(*a*) Los tribunales *wehmicos (fehm*, los llamaban los Alemanes) eran tribunales seretos establecidos desde muy antiguo en Alemania (algunos los remontan hasta Carlo-Magno) para castigar á los nobles á quienes su gran poderío colocaba fuera del alcance de la justicia ordinaria. Fué abolida esta intitucion por el emperador Maximiliano. (*N. del T.*)

(5) V. *Das Fehmgericht Westphalens*, por Wigaud, Hanau, 1825, in 8.º. Volveremos sobre esto.

(6) El derecho canónico procede en parte del derecho romano.

de la del derecho canónico y de los códigos de los Bárbaros, han salido las legislaciones modernas, salvo las modificaciones que los tiempos y las circunstancias han introducido en ellos, modificaciones que no son siempre mejoras.

Las leyes criminales, anteriores al siglo XVII, hállanse todavía atestadas de disposiciones crueles y penas ridículas ó inmorales. Es necesario recordar el trato de cuerda, la paliza, el knout, el caballo de madera ó de hierro, la inmersion en el agua fria (*ducking*), la sofocacion en el agua (*drenching*), la flagelacion, la mutilacion, las incisiones en la nariz, en los lábios, en las orejas, la mordaza, la picota, las ligaduras, la marca, etc. (4).

Quizá eran estas leyes ménos injustas por su naturaleza que por la manera como eran aplicadas, lo que veremos al ocuparnos de las diferentes especies de delitos y de la manera de castigarlos. Observaremos por el momento los progresos considerables del derecho criminal en todas los países de Europa y del mundo.

Sería muy largo y muy enojoso comparar la antigua legislacion criminal de los diferentes pueblos con la que en la actualidad rige.

Sin embargo, se preparan progresos nuevos: entre las penas afiictivas, las de muerte, flagelacion ó fustigacion y las de galeras, marca y exposicion, las unas tienden á desaparecer de los códigos nuevos y las otras á modificarse.

Es indispensable que nos detengamos un poco en esto.

I. No emprenderemos la tarea de reproducir todos los argumentos que se han aducido contra la pena de muerte,

---

(1) En el siglo XVIII, las penas que se usuban en Francia, segun la ordenanza de 1670, eran: el fuego, el emplumamiento, la rueda, la horca, la guillotina, el ser arrastrado, el tormento con ó sin reserva de prueba, las galeras por tiempo determinado ó á perpetuidad, el destierro perpétuo ó temporal, la mano cortada, el lábio partido, la lengua cortada ó punzada con un hierro ardiendo, los azotes, la multa, la picota, la argolla, la reclusion temporal ó perpétua, la infamia, la reprension, la multa simple y la limosna, á las cuales hay que añadir las penas accesorias, tales como la confiscacion, la muerte civil, etc. (Jousse, t. I, p. 38 y sig.)

En una época más remota, en Francia, en Alemania, en Inglaterra y en casi todos los países de Europa se desollaba vivo, se enterraba, se descuartizaba, se emplumaba, se descuartizaba atado á una rueda, se hacía perecer en agua hirviendo, se sacaban los ojos, se cortaban las orejas, la nariz, las piernas, los órganos senxuales, etc. (Jousse, II, página 131-135).

desde Beccaria hasta nuestros dias, puesto, que para ser imparciales, deberíamos tambien citar todos los argumentos que en favor de esta pena se han presentado (1).

Nos parece más conveniente limitarnos á algunas reflexiones, que tendrán por principal objeto el lado jurídico de esta clase de pena, considerada de la manera más general, es decir, como simple privacion legal de la vida.

En cuanto á las accesorias de la pena capital, á las diferentes formas que ha revestido en los diversos pueblos; formas que tenían por fin agravar lo principal de la pena por medio de sufrimientos físicos ó morales accidentales que precedían, acompañaban ó seguían á la muerte, todos convienen hoy en que estos refinamientos de crueldad son de todo punto excesivos.

De las cinco especies de penas capitales que existían todavía en Francia ántes de 1789, no queda ya más que una sola, la más sencilla de todas, á no ser que sean consideradas como segundas, las accesorias, reservadas al parricida. Pero si se han suprimido ciertas penas prévias, se podía tambien suprimír sin inconveniente el velo negro, y sobre todo dejar al condenado sus vestidos (2). Sin embargo, no hay en este aparato nada que repugne á las costumbres, y toda circunstancia, propia para herir la imaginacion del pueblo sin convertir la pena en suplicio, tiene su razon de

---

(1) Véanse en contra: J. Hering, Thomassius, J. D. Michaelis, Beccaria, Pastoret, Bentham, MM. Carminiani, Lamartine, Lucas Sellon, Livingston, de Broglie y Guizot (en materia política); en pró, Montesquieu, Rousseau, Mably, Filangieri, Kant, Beck, Rotteck y la mayor parte de los filósofos alemanes é italianos; Romagnosi, *Génesis del derecho penal*, part. V y VI, p. 522, edic. Flor. 1834. Véase además la *Themis*, t. IX; Portalis, *Del uso y del abuso del espíritu filosófico*, II, p. 400; *Revista de legislacion y jurisprudencia*, t. II, 112; 201; III, p. 390; IV, 62; *Revista extranjera y francesa de legislacion*, etc., t. I, p. 308; II, p. 256, 271; III, p. 400; IV, p. 479, 639, 800, 859; VIII, página 331; IX, p. 158; *Teoría del Código penal*, t. I, p. 10 y siguientes. Véase tambien en estos artículos el estado de las legislaciones modernas sobre este punto.—Es necesario saber además, que la pena de muerte puede suprimirse de derecho, pero quedar subsistente de hecho como consecuencia física de otra pena que no lleva aquel nombre. De esta manera se halla abolida en Rusia la pena de muerte, lo que no impide que á la tercera aplicacion del knout, un verdugo que sepa su oficio ó que haya recibido órdenes por vía de *retentum*, pueda despachar á su víctima.—Véase la Rusia en 1839 por el marqués de Custine, y la Rusia bajo Nicolás I por Ivan Golovine.

(2) Si es una mujer con mayor razon.

ser. Puede decirse tambien que el velo no es tanto una agravacion de la pena como una dulcificacion, puesto que sustrae al paciente á las miradas de la muchedumbre y aparta de su vista muchos de los terribles aparatos que se le preparan (1).

Una de las más poderosas razones extrínsecas en favor de la pena capital es, en opinion de muchos, la conciencia universal, el sentido comun que la ha creido siempre legítima, áun cuando no sea necesaria. Pero en ninguna parte ha sido más comun que entre los pueblos teocráticos, tales como los Egipcios, los Judíos, los Indios, los Persas, los Galos, los Etruscos, etc., en razon sin duda á que bajo este régimen todos los delitos llegan á ser considerados como ofensas á la Divinidad y el castigo se mide por la dignidad del ofendido. Entre los Peruanos, pueblo de carácter dulce, pero sometido al régimen teocrático, todos los delitos eran castigados con el último suplicio (2), y los Germanos consideraban toda ejecucion de muerte como un sacrificio. La ley de los Frisones se explica formalmente, al ménos para los delitos religiosos, y ordena que el que ha profanado un templo «sea inmolado á las divinidades del país.» Entre los Escandinavos, el paciente es una víctima en honor de Odino: el dios viene á sentarse por la noche al lado del condenado para conversar con él, y desea que se le invoque bajo el nombre de *Hanga Drottin*, el señor de los ahorcados (3).

La pena capital no se halla tan extendida entre los salvajes como podría creerse, teniendo éstos, por otra parte, una suavidad de costumbres relativa, que no debemos, sin embargo, exagerar, y la cual se explica por la indiferencia y el interés. La vida del hombre tiene entre ellos ménos valor que en otras partes y las cosas se aprecian más. Análogas disposiciones hallamos en los pueblos bárbaros más adelantados en civilizacion que los salvajes.

En el reino de Judá no habia más que dos crímenes capitales: el asesinato y el adulterio con las mujeres del rey (4).

En Issiní sólo se castigan con la muerte tres crímenes:

(1) Véanse sobre otras penas accesorias crueles y bárbaras los *Orígenes del derecho francés*, por M. Michelet, p. 367-376.
(2) Robertson, *Historia de América*, II, p. 705, edit. Pauth. litter.
(3) *Los Germanos ántes del cristianismo*, por Oranam, p. 122.
(4) Bosman, *Viajes*, p. 357.

la fuga de esclavos, la traicion y la hechicería (1). Los traidores, los que revelan los secretos del Consejo, son decapitados sin ceremonia y su condenacion no es apelable. Los esclavos fugitivos son sacrificados á los ídolos, cuya pena se ejecuta por la inmersion solemne con señales diversas de execracion pública. Este género de muerte recuerda el sentimiento religioso, en cuyas contemplaciones místicas, habían creido ver los antiguos que todo gran criminal pertenecía á la justicia, personificada en los dioses.

Este hecho psicológico es reseñado por Vico, siguiendo el orígen del lenguaje de una manera muy ingeniosa, aunque no tan verdadera. Las penas, dice, no tenían en un principio ningun carácter humano á excepcion de la reprension y de la coaccion *(animadversio et coercitio)* ejecutadas por el padre de familia. Entre iguales sólo se podía tratar del arrepentimiento (*pœnitentia*); de donde trae su orígen la palabra pena (*pœna*). Para los delitos graves, la pena debía de ser declarada y consagrada (*devotio, consecratio.*)

Para los hombres respetuosos hácia sus parientes bastaba la reprension paterna, es decir, que el padre hiciese ver al hijo la falta en que había incurrido, y la pena se consideraba suficiente, porque, como dice Terencio, el padre no tenía necesidad de ejercer otro rigor: *patri erat satis supplicii*. Por esto se decía conocer (*noscere*) por castigar, y no conocer (*non noscere*) por perdonar, *(ignoscere)*, disimular una falta *(connivere peccato)* por dejarla impune.

Entre iguales, para los delitos privados como el robo, se podían hacer arreglos, prometer gracia al que hacía ofrecimientos para obtener su perdon (*pacta afferebantur pollicitationibus)*. De aquí la palabra paz (*pax*), por perdon (*venia*); llámase paz el fin de la guerra, en tanto que es un perdon condicional de una injuria pública. Por esto la palabra *paz* quiere decir *permanecer en reposo*.

Los grandes crímenes eran castigados por el voto y la consagracion (*devotione et consecratione*). La ley de las Doce Tablas consagraba á los dioses de los antepasados *(sacer divis parentum*) al que ponía una mano culpable sobre su padre, y á Céres (*sacer Cereri*), al que durante la noche robaba frutos. Antes de la ley de las Doce Tables, la ley Junia

(1) Saris, *Viajes*, t. II, p. 158

consagraba á Júpiter (*Jovi sacer*), al que se atrevía á poner sus manos sobre un tribuno del pueblo (1).

Hacemos estas inducciones filológicas por lo que puedan valer, y volvemos á la historia.

Aunque no se conocen más que tres clases de penas en toda la Costa de Oro, la muerte, la esclavitud y la multa, la pena capital es allí muy rara. La ley castiga, sin embargo, con ella el homicidio, pero no llega jamás el caso de que la sufra un asesino, si puede pagar la multa ó si tiene amigos en estado de pagarla por él, habiendo de pactar siempre con los parientes del muerto. La multa depende de la cualidad de la persona asesinada, y puede elevarse mucho á fin de impedir las venganzas cometidas por los negros ricos.

Si el asesino no se halla en estado de pagar, es entregado á los parientes de la víctima, que se hacen absolutamente dueños de su vida, pudiendo exigir sangre por sangre. Cuando la venganza los lleva á tomar este partido, la ejecucion es cruel y hacen sufrir mil tormentos al condenado, á ménos que los Holandeses los libren de sus manos, y no los ejecutan de una vez (2).

En los países gobernados por un rey, el suplicio es más uniforme y ménos bárbaro. El criminal es entregado al ejecutor, que le venda los ojos y le ata las manos atrás, y de esta manera le conduce á algun campo, en donde le pone de rodillas, le hace bajar la cabeza y le azota despiadadamente; córtale despues la cabeza con un azagaya, y destrozándole el cuerpo en pedazos, abandona los restos á las aves de rapiña (3).

En el reino de Benin, el asesinato y el adulterio son los dos únicos crímenes castigados con el último suplicio, y aún se establecen en principio numerosas excepciones. Todos los demás crímenes se expían con el dinero, y la multa es proporcionada á la naturaleza de la ofensa. Si los criminales son insolventes, son condenados á penas corporales (4).

La pena de muerte no tiene lugar en las islas Tongas, sino para la ofensa á los dioses ó para un ultraje al jefe de la tríbu (5).

---

(1) *De Constantia philologiæ*, C., *De pœnis*, p. 201.
(2) Bosman, p. 168.
(3) Arthus, IV, 64.
(4) Nyendal, en Bosman, p. 448.
(5) Dumont-D'Urville, *Viaje alrededor del mundo*, t. IV, p. 245.

Entre los negros del Senegal hay pocos crímenos capitales, sindo los únicos que se castigan de muerte el asesinato y la traicion. El castigo ordinario es el destierro, es decir, que el rey vende los culpables á la Compañía y dispone á su antojo de todo lo que les pertenece, siguiendo inmediatamente la ejecucion á la sentencia (1).

No es muy alagüeño, por cierto, que la benignidad relativa de estas legislaciones pueda explicarse por el interés, y principalmente por el interés del príncipe.

Los bárbaros tampoco prodigan mucho el último suplicio, que no se impone sino cuando el culpable ha sido cogido *infraganti* ó ha confesado su falta.

Esta última condicion ha dado lugar en los pueblos al uso del tormento (2).

Tampoco se prodiga la pena capital en el Código penal chino.

En la Pérsia moderna, las leyes no permiten condenar á un hombre á muerte si no es acusado por setenta y dos testigos, que tampoco se toman al azar; y en Ispahan apenas se ve una ejecucion capital en doce ó catorce años (3). Ninguna sentencia de muerte se ejecuta sin que el rey la haya ordenado tres veces, y los grandes tienen la facultad de pedir gracia para el condenado (4), cuya costumbre existe igualmente en la India (5).

Es inútil que observemos que los bárbaros y los pueblos civilizados no han tenido escrúpulos respecto á la legitimidad de la pena capital, y que si la composicion la ha reemplazado con frecuencia, principalmente entre los primeros, era una compensacion en que las dos partes así como el poder público tenían sus ventajas, pero de ningun modo un consentimiento, ni mucho ménos un abandono absoluto de la pena de muerte. Lo que probaría mejor que todo lo demás cuán poco distantes han estado las naciones más civilizadas de concebir ó de tener la menor inquietud en este punto, es la facilidad con que se ha impuesto la pena de

---

(1) Brue, *Primer viaje al Senegal*, 1697.
(2) Rubruquis, *Viaje á las partes orientales del mundo*, t. VII, página 304.
(3) Anquetil Du Perron, *Legislacion oriental*, p. 68.
(4) *Ibid.*, p. 49.
(5) *Ibid.*, p. 30.

muerte; la cual no sólo es aplicada á los grandes crímenes, sino impuesta tambien á las faltas que sólo eran simples pecados, y áun pecados de un órden muy relativo. Los mil accesorios que diversificaban y agravaban la pena de muerte, dan á conocer bien á las claras que léjos de imponerla á disgusto, el legislador parecía deleitarse en los suplicios refinados y prolongados del desdichado paciente (1). Así, por ejemplo, los antiguos pueblos del Norte tenían la costumbre de hacer morir á los grandes criminales abriéndoles el cuerpo por los costados para arrancarles luego los pulmones, y el príncipe ó jefe hacía por lo comun el oficio de verdugo. Este suplicio se llamaba at-rista-orn (2), y fué impuesto al jefe de los Northumbros en 866. Imposible sería describir las mil clases de tormentos inventados por la sed de sangre para hacer más dolorosa la muerte; leyendo las descripciones que se hallan en las leyes de los diferentes pueblos, en sus costumbres, en los historiadores y los viajeros, creeríase que es el génio del infierno más bien que el de la justicia, el que ha inspirado esas terribles concepciones.

En presencia de tantos abusos y horrores no es de extrañar que los hombres llenos de sentimientos humanitarios hayan pensado en cortar el mal en su raíz, y que en vez de reglamentar la pena capital hayan tratado de borrarla de los códigos de las naciones.

Por lo demás, no datan sólo del siglo XVIII estas tentativas que los legisladores han ensayado para hacer desaparecer de sus códigos penales la pena capital. En Egipto, donde se imponía primero para todos los crímenes y más tarde para el parricidio, el perjurio, el adulterio y áun la mentira cuando tenía pòr fin engañar al magistrado acerca de los medios de subsistencia que se poseían, Sabacon la reemplazó por la deportacion y los trabajos públicos. Ignoramos si esto sería por interés bien entendido ó por humanidad.

---

(1) Véase en el *Diccionario de la penalidad,* por Saint-Edme, una multitud de suplicios que llevaban consigo la muerte.

(2) Así llamada por su parecido con las de la víctima del águila: «Ad speciem aquilæ, dice Snorro, dorsum et ita laniebat ut adacto ad pinam gladio, costisque omnibus ad lumbos usque á tergo divisis, pulmones extraheret.» (*Compendio de la historia de Inglaterra,* del doctor Lingard, por M. de Marles, t. I, p. 59).

Pero principalmente entre los modernos y desde el último siglo, es cuando ha sido puesta en tela de juicio la pena de muerte y se ha tratado de hacerla desaparecer de muchos códigos: los unos la han abolido únicamente para los delitos privados, los otros para los delitos políticos, y algunos la han prescrito para todos los casos, pero la mayor parte se han visto obligados á restablecerla. Fué borrada del Código ruso por Isabel de Rusia en 1753 y 1754, pero tan sólo para los delitos privados. ¿Sería necesario hacer una excepcion para los crímenes políticos, principalmente desde que el catálogo de éstos es casi tan extenso como el de la China? Es cierto que para que sea posible la pena de muerte es necesario que la acusacion se lleve ante el Tribunal Supremo ¿pero quién la decide? ¿No es el emperador? ¿Quién nombra los miembros de la comision? ¿No es el emperador mismo? ¿Es prudente que la manera de ejecutarse la pena capital se deje al arbitrio de los jueces, quienes pueden resucitar el emplumamiento, la muerte por el fuego y otros suplicios?

¿No era por otra parte irrisorio suprimir la pena de muerte y conservar el *knout* para la mayor parte de los delitos, cuando se sabía que el verdugo podía matar á un hombre de un solo golpe y que para ello se le dejaba facultad? Facultad preciosa, convengo en ello; ¿pero tal satisfaccion debería reservarse á la venganza? ¿Cuántas veces no ha espirado el paciente á fuerza de azotes? ¿El suplicio de las varas, no es mil veces peor que el del cadalso? Se dirá que un médico presenciaba la ejecucion de la pena y que debía velar porque no se excediese la medida exigida por la sentencia. En hora buena, ¿pero este médico no podía descargarse secretamente de toda responsabilidad?

Tenemos la satisfaccion de poder referirnos al pasado, puesto que el Código ruso ha sido reformado ya en este punto como en muchos otros (1). La pena del *knout* ha sido

(1) Así, por ejemplo, el nuevo Código criminal de este país (1845), rechaza la exposicion y la enmienda pública. La exposicion, dice M. de This, es de todos los castigos el ménos apreciable, porque castiga de una manera ciega y en razon inversa. El hombre avezado al crímen, domina y avasalla á la muchedumbre que le rodea, y casi obtiene un triunfo; ¿pero qué diremos del hombre en quien no ha muerto todo sentimiento de delicadeza en el momento en que se le sujeta al poste fatal? En esa hora de mortal angustia ha debido operarse en él toda una revolucion: el hombre que subía al potro era capaz de arrepentimiento y en-

reemplazada por la de azotes hasta desollar. ¿Pero no hay un arte de manejar este instrumento de suplicio que haga tambien de él un instrumento de mutilacion y de muerte? Y con este arte ¿no se llegaba en Rusia hasta levantar de un solo latigazo un pedazo de carne al paciente? ¿Se habrá por ventura olvidado, ó se habrá perfeccionado, por el contrario? Nos inclinamos á creer que no habrá nada de esto, porque las reformas de que hablamos han sido en general dictadas por un espíritu de justicia y de moderacion. Así, por ejemplo, la duracion ilimitada de las penas ha reemplazado á su perpetuidad y la época de la libertad depende, de hecho, de la enmienda moral del condenado. En cuanto á la pena de muerte, ha sido mantenida como un mal necesario, indispensable desde que es el único medio de evitar un mal más funesto; pero sólo es dictada para la violacion de la cuarentena de los delitos militares. El parricidio mismo no es castigado con ella. Si en ciertos puntos del imperio, en Polonia por ejemplo, se aplica la pena de muerte, casi siempre hay conmutacion.

Leopoldo, reformador más atrevido que Isabel y Catalina, hizo desaparecer por completo la pena de muerte del Código toscano, pero esta medida no pudo prevalecer. La Convencion no creyó poder llegar hasta allí: en el momento mismo en que acababa de proclamar la abolicion de la pena capital en materia política, sostenía el lord-canciller de Inglaterra la necesidad de mantenerla: el hombre que se hace culpable de alta traicion, decía, debe ser castigado de muerte, porque conduce á la guerra civil, turba la paz pública é inspira simpatías culpables y casi respeto. Es necesario convenir que si los atentados políticos suponen pasiones de un órden más elevado, principalmente cuando no son muy generales, pueden ser más desastrosas que los crímenes privados. En todo caso, si degeneran en asesinatos ó guerras civiles, ¿por qué habían de merecer más indulgencia que los delitos de la misma naturaleza que causan muchos ménos males? Si hay casos en que la revolucion puede ser un derecho, ¿sucede esto con mucha frecuencia? ¿Es por ventura este un principio que debemos proclamar en la legislacion misma? ¿No se debe presumir

---

mienda; el que bajaba de él había roto por completo con la sociedad y le declaraba abierta guerra.

lo contrario? Digámoslo de una vez; si la supresion de la pena de muerte en materia política es un bien, no es tanto porque sea injusta en principio, como porque puede ser ciegamente aplicada por los partidos. En este punto, el abuso podría confundirse con el uso, siendo esto muy peligroso y mil veces más deplorable que la indulgencia. Felicitémonos, pues, hoy más que nunca, de lo que haya desaparecido de nuestros Códigos.

El sistema penitenciario no ha impedido conservar la pena capital en la generalidad de los Estados de la Union y en cada Estado en particular, excepto en la Luisiana.

Siguiendo este ejemplo todos los pueblos, la cuestion de derecho quedaría intacta. Esta cuestion puede enunciarse en los siguientes téminos: La pena de muerte, ¿es legítima, y en qué casos?

Hemos visto que el ejercicio del derecho de castigar se halla regulado por un principio de justicia y de reciprocidad en el mal causado á otro, y que este principio es el mismo que el del derecho civil, el principio de la igualdad, de lo que concluimos dos cosas: la primera, que siendo justo en sí el ejercicio del derecho de castigar, la pena podría ser tambien aplicada justamente áun cuando la sociedad no tuviese nada que temer ó no se hallase interesada en castigar; la segunda, que la pena de muerte no puede tener lugar sino en el caso de homicidio voluntario directo ó indirecto, puesto que de otra manera no habría en ella reciprocidad.

Pero la pena de muerte no es sólo legítima, sino que es relativamente necesaria y más dulce, más humana que ciertas otras penas á las cuales habría necesidad de recurrir si se aboliera aquélla.

Decimos, en primer lugar, que es relativamente necesaria:

1.° Porque no hay más propocion entre la naturaleza de la pena capital, y la de las otras penas, que entre el homicidio voluntario y los demás delitos contra las personas, y sin embargo, es necesario que haya una cierta proporcion en la pena como en el delito, proporcion que desaparece por la supresion de la pena capital.

2.° Porque á ciertos criminales sólo les aterra la pena de muerte, y prueba de ello es que en general la temen más que ninguna otra, y que hay pocos suicidas entre los criminales.

3.° Que la sociedad no se halla suficientemente garan-

tida y protegida sin la pena capital. El que ha matado á sangre fria á uno de sus semejantes, es un justo motivo de terror para los otros.

Nadie ignora, por lo demás, con qué facilidad se escapan los criminales de los presidios y de las cárceles, y mientras no se haya encontrado el medio de detener á los asesinos perpetuamente, si es necesario, y sin ninguna probabilidad de evasion, la sociedad no se hallará nunca suficientemente protegida. «Los Romanos, dice Linguet, no admitían la pena de muerte contra un ciudadano. ¿Qué resultaba de esto? Los más horrorsos atentados que ha registrado nunca la historia. El destierro era la única pena impuesta á un malvado convicto de haber hecho perecer á muchos ciudadanos con tanta injusticia como crueldad. ¿Qué era esta benevolencia sino un alentamiento á todos los Verres futuros y una proscripcion pronunciada contra todo desgraciado que sólo tuviera que oponer la vana reclamacion de sus derechos á las órdenes de un hombre poderoso, á quien las leyes aseguraban la impunidad cuando las hubiera violado?» (1)

Por otra parte, las precauciones que se pueden tomar para asegurar perfectamente las personas de estos desgraciados, parecían deber ser tan rigorosas que la detencion no sería más que un largo suplicio, y por consecuencia la pena de muerte bajo otra forma, y acompañadade circunstancias que la agravaban. Por esto decimos que la pena capital es más humana que las que podían reemplazarla eficazmente.

No pensamos tampoco que á un asesino pueda dejársele libre en el seno de la sociedad, lo cual sería una doble imprudencia, porque siempre debe inspirar un eterno horror, y porque los parientes ó amigos de la víctima (y con mayor razon la misma víctima, si se conservaba la pena de muerte por la tentativa de asesinato, art. 2.° del Código penal), se sublevarían á la vista del asesino y podrían intentar acabar la obrade la justicia social. En vano se decidiría que el asesino no pudiera habitar en el teatro de su crímen; esta precaucion, que por otra parte no deja de tener inconvenientes graves para la sociedad y para el libertado mismo, podía no

(1) *Teoría de las leyes civiles*, t. III, nueva edicion, p. 170-171.

satisfacer á la conciencia pública, y singularmente la necesidad de la venganza de los que se creyeran interesados en la pena (1). ¿Pero qué sucedería entónces? Que si el asesino sucumbía á su vez por la venganza, como podría parecer á los suyos que había sido muerto injustamente, la necesidad de la venganza haría cometer un nuevo crímen, y sembraría así entre dos familias un ódio de sangre que sólo concluiría con ellas. Aquí tendríamos la *vendetta* corsa y los innumerables asesinatos de que es principio, y por consecuencia, las costumbres feroces y salvajes.

La pena de muerte economiza, por lo tanto, bajo este punto de vista, más sangre humana, y es ménos contraria á la benignidad de las costumbres y á la sociabilidad.

Esta pena tiene ademas en el más alto grado la mayor parte de los caractéres de una buena pena; no excede los límites de una justa reciprocidad; si no es divisible, es porque el crímen mismo á que se aplica no lo es tampoco; es personal, es eminentemente apreciable por cada indivíduo á proporcion de la degradacion á que haya descendido, y así, un alma que no ha perdido aún toda elevacion, será ménos afectada que el que ha perdido todo sentimiento noble, y que sólo atiende á la vida animal. La mayor perversidad de éste se encontraría, por lo tanto, más castigada, por lo mismo que es realmente más punible.

Afortunadamente no se puede decir ya de Francia, y de otros muchos países, lo que decía Linguet en 1767: «En toda la Europa, y en Inglaterra más que en ninguna parte, los castigos son impuestos precisamente en razon inversa de lo que exige una política ilustrada: se castiga al pobre en la persona, y al rico en la bolsa; el desdichado que no teniendo nada cede á un momento de debilidad, se le cuelga; al hombre opulento que en medio de todos los goces busca algo más refinado, más á propósito para halagar á los corazones depravados, se le vende la absolucion. ¿No es esto obrar de una manera de todo punto contraria al buen sentido?» (2).

Es necesario convenir, sin embargo, en que si la justicia se equivoca cuando hace caer la cabeza de un condenado,

---

(1) No sería buena, entónces, sino para los grandes Estados.
(2) Linguet, *Teoría de las leyes civiles*, t. III, nueva edicion, página 170-171.

su error es el ménos irreparable de todos los de este género, pero esta no es una razon para negar la justicia ó la utilidad de esta pena, y sólo prueba la necesidad de no imponerla sino con perfecto conocimiento de causa.

Es un gran mal sin duda hacer morir á un inocente; pero además de que este mal ha llegado á ser muy raro desde que el procedimiento criminal ha tomado un carácter racional, ¿sería menor el mal si los asesinos quedasen impunes, y si pudiesen continuar libremente su homicida industria en el seno de la sociedad? (1). Si, por otra parte, estais bastante convencidos de su culpabilidad para enviarle á presidio, ¿por qué no lo habeis de estar para mandarle al cadalso?

¿En qué se fundan, pues, los que rechazan la pena de muerte como ilegítima y como inútil? En muchas razones, de las cuales vamos á examinar las principales.

1.° El hombre, se dice, no tiene derecho á la vida ó á la muerte de sus semejantes, y sólo á Dios pertenece este derecho supremo.

Si se quiere decir con esto que nadie puede disponer sin razon, brutal y violentamente de la vida de otro, es cierto; pero esta no es la cuestion: se trata de saber si es justo ó injusto castigar con la muerte al asesino. Ya hemos expresado la justicia de esta pena de la manera más concisa, más sencilla y más incontestable, habiéndonos bastado para ello un solo razonamiento.

Es necesario negar el principio de reciprocidad, demostrar que no puede conciliarse con la justicia y con el principio de igualdad; es necesario negar la justicia misma ó darle una base quimérica, si se quiere destruir nuestra demostracion.

Si el derecho de vida ó muerte de un hombre sobre otro, se negase de una manera absoluta, no sería permitido tampoco defenderse á sí mismo matando al injusto agresor, y el asesino gozaría entónces de un privilegio difícil de justificar.

2.° Remontándose al orígen ficticio de la soberanía, se

---

(1) No llegaría yo, sin embargo, á decir con Priestley que el peligro de dejar escapar á los culpables por temor de perjudicar á los inocentes es tan grande que puede compensar al de herir injustamente al inocente (*Curso de historia y de política*, t. II, p. 169 y 170)

sostiene que la sociedad ó el que la representa no puede tener otros derechos que aquellos que le han sido conferidos, y que no habiendo podido concederle nadie el derecho de vida y muerte sobre sí mismo; puesto que nadie lo posee, estos derechos no pertenecen tampoco á la sociedad ni al individuo.

Muchas respuestas pueden darse á este argumento sofístico.

a) Filangieri hace notar que no se ceden por esto sino los derechos que se tienen sobre las demás, y no los que se tienen sobre sí mismos, y que si por consecuencia se tiene individualmente el derecho de defenderse directa ó indirectamente en la medida del perjuicio que se ha sufrido ya, y del que se puede razonablemente temer, la ejecucion de este derecho puede confiarse al soberano al entrar en sociedad.

b) Se puede decir tambien con Kant, que es necesario distinguir aquí del criminal al legislador ó al miembro de la comunidad social que confiere el poder legislativo al soberano por él instituido, y le da el derecho de imponer la pena de muerte á todo ciudadano culpable de homicidio voluntario. El legislador no hace más que declarar lo que le parece ser la verdad en materia de justicia penal, y el criminal se pone en el caso de sufrir la pena que como legislador ha juzgado deber imponer al delincuente, cualquiera que sea. En este caso, no es el legislador el que se equívoca, sino el culpable; y por otra parte, si un pueblo no pudiera imponer otras penas que aquellas que sus miembros pudieran imponerse si vivieran aislados de sus semejantes, no podría imponer ninguna, puesto que la pena civil no tiene sentido sino en tanto que es impuesta por otra persona.

c) Se puede decir en tercer lugar, que el razonamiento de los adversarios de la pena capital no tendría, en todo caso, sino un valor hipotético, puesto que suponen que el soberano no tiene otros derechos que aquellos de que se halla investido por el pueblo, y porque le son así conferidos.

Pensamos, por el contrario, que el derecho de castigar en la medida de la justicia y de la utilidad, es una atribucion necesaria de la soberanía; es más que un derecho, es un deber. Un pueblo que elige un soberano, le da, *ipso facto*, y sin que se lo explique, el derecho de castigar en toda su

extension, y sería necesario, por lo tanto, probar por otras razones que las alegadas hasta aquí, que la pena de muerte no puede formar parte de este derecho.

¿Quién no ve la enorme diferencia que hay entre suicidarse por desesperacion, ó para castigarse de un gran crímen, y caer bajo la espada de la justicia? En el primer caso, se añade á un crímen otro inútil (digo inútil, puesto que hay arrepentimiento); en el segundo, se sufre una pena que puede tener su precio moral en el sistema de la expiacion y en el de la reciprocidad.

d) No admitimos, por otra parte, que el hombre no tenga el derecho jurídico ó social de destruirse; en este punto se confunde la moral con el derecho. Lo que es prohibido en nombre de la una, no siempre lo es en nombre del otro; en cuyo caso se halla el suicidio. Tampoco se prueba nada arguyendo la inmoralidad del suicidio reflexivo y libre,—si pudiera alguna vez ser tal,—contra la legitimidad de la pena de muerte.

3.° No es el hombre, se dice, quien da la vida, y por lo tanto no tiene derecho á destruirla. Respuesta:

a) No hay ninguna relacion entre este principio y esta consecuencia; esto no es, por lo tanto, un razonamiento.

b) Si lo fuera, se seguiría de aquí que el hombre no tiene el derecho de usar de nada, porque nada creó, y si se limitara su accion destructora á los séres animados, ¿tiene por ventura mayor fuerza creadora sobre los animales que sobre sí mismo? ¿Y se le podrá negar, sin embargo, el derecho de destruir aquéllos para su uso?

c) Hay más: si el deber de respetar la vida de sus semejantes fuese absoluto, no le sería lícito salvar la suya propia por la muerte del asesino.

d) Esta apariencia de razonamiento no es, por otra parte, sino una peticion de principio, porque se trataría primero de saber si, porque el hombre no da la vida á sus semejantes, no tiene realmente el derecho de quitársela en ciertos casos.

Pero esta no es tampoco una cuestion para nosotros: el principio de la justa reciprocidad no permite dudar sobre la esencia de este derecho.

No es verdad tampoco que el hombre no tenga un cierto imperio, de hecho, sobre la existencia de sus semejantes, puesto que los procrea. En este punto posee una accion in-

mediata que no tiene en lo que respecta á la multiplicacion de los animales y de las plantas.

4.° Se niega la necesidad de la pena de muerte, y se dice que la sociedad puede proteger de otra manera á los ciudadanos.

a) Pero esta no es la cuestion, ó toda la cuestion al ménos. El Estado podría proteger suficientemente á los ciudadanos sin recurrir á la pena capital, y todavía quedaría la cuestion de si esta pena es injusta en sí, porque yo no admito que una pena no necesaria por ser inhumana y bárbara, sea necesariamente injusta. Sólo tiene este último carácter cuando traspasa los límites de la intensidad del delito.

b) Es falso que en el estado actual de nuestros medios de detencion, la sociedad tenga una garantía suficiente contra las reincidencias criminales. Es falso tambien que, para la mayoría de los hombres, la pena capital no sea más ejemplar, más represiva y más útil, cuando se aplica como lo exige la justicia, que las otras penas, por las cuales podía reemplazarse. El soberano no tiene derecho á exponer la sociedad á las empresas culpables de los malvados, y se ha visto, además, que se ha hecho la tentativa y ha fracasado.

5.° La pena de muerte no impide, se dice, los asesinatos y se llega hasta asegurar que los provoca.

a) Es muy ciérto que no previene aquellos que se cometen; pero ¿quién se atrevería á sostener que no dejen de cometerse algunos que tendrían lugar sin ella? La recrudescencia de las muertes y de los asesinatos ha asustado á la mayor parte de los legisladores que habían querido desterrar la pena de muerte de sus leyes criminales, y les ha obligado á mantenerla. Aquella pena sólo puede desaparecer cuando las costumbres sean mucho más humanas que lo son las de los pueblos actualmente más civilizados, á á ménos que se la reemplace con penas terribles, en las cuales con frecuencia pierde el paciente su vida.

Otro género de experiencia nos autoriza aun á admitir la necesidad de la pena de muerte. Hace algunos años se han visto en Francia ancianos esperar á cumplir los ochenta años para vengarse por la muerte, persuadidos de que á esta edad no se les podía conducir al cadalso. Se ha visto tambien á asesinos confesar que, si no hubieran creido que

la pena de muerte estaba abolida, no habrían manchado sus manos con sangre. ¡Suprimid, pues la pena de muerte con tales principios y con semejantes costumbres!

b) Si fuera necesario hacer desaparecer de nuestros Códigos criminales todas las penas que no contienen á todos aquellos que tratan de infringirlas ¿cuáles subsistirían?

c) Nosotros vamos más léjos, y decimos que un malvado á quien no contiene ningun sentimiento moral, ninguna idea de derecho y de deber y que desprecia la muerte á que pueden exponerle sus crímenes, es un hombre tan peligroso que hay casi la necesidad moral de alejarle por completo de la sociedad. Este es quien principalmente debe caer bajo la cuchilla de la justicia.

6.° En vano se alegan aquí los errores de la justicia humana y todo lo que tienen de irreparables.

a) ¿Se reparan por completo las injusticias que llevan consigo los errores de las acciones humanas y de otros juicios de los tribunales criminales en particular? Si no quereis una justicia penal sino á condicion de que sea infalible ó de que sus errores puedan ser reparados por completo, decid más bien que no quereis niguna justicia.

b) Pero esta no es tampoco la cuestion. No se trata de saber si es fácil equivocarse al enviar á un hombre al suplicio, sino si hay ó no el derecho á condenar á muerte á un gran criminal, á un asesino.

c) Que se reformen las leyes relativas á la administracion de justicia criminal si se cree que presentan pocas garantías á la inocencia; pero convéngase tambien en que la sociedad debe ser protegida; que las cosas humanas adolecen todas de una cierta imperfeccion, y que los males que se originarían por una demasiada indulgencia podrían exceder á aquellos que son inseparables de una justa severidad. Establézcase, si se quiere, como han propuesto ya los autores, que no se ejecute ninguna sentencia de pena capital sin ser revisada por un tribunal superior; pero este tribunal, ¿no carecería siempre de un elemento del procedimiento, la fisonomía viva de los debates del proceso?

¿Sería preferible establecer en principio que nadie sufriese la pena capital, sino en tanto que se hallase convicto del crímen que lleva consigo esta pena y lo confesase? ¿Que no se pudiera aplicar si faltaba una de estas dos condiciones (*convictus et confesus*)?

No se puede condenar á un acusado por su sola confesion, porque ésta puede ser arrancada por coaccion moral, ó por alguna otra razon, tal como el deseo de expiar un antíguo crímen ó de morir sin suicidarse; de suerte que la justicia sería de esta manera doblemente violada; pero desde que un acusado se halla convicto por la deposicion de muchos testigos sérios y dignos de fé, ó por otros hechos que dejan muy poco lugar á la suposicion de la posibilidad de su inocencia, ¿no sería mostrarse demasiado escrupulosos no queriendo fundar su conviccion en tales bases? Y puesto que se conviene en que podría entónces haber lugar á detener al culpable indefinidamente hasta que hubiese declarado su crímen ó hasta que hubiera sido reconocida su inocencia, ¿no es esto admitir que se está seguro de su crímen ó que se le ha castigado con demasiada benignidad? ¿Esta detencion no se parecería, por otra parte, á una especie de tortura, y no se correría tambien el doble ríesgo de no castigar suficientemente á los grandes criminales que se negasen tenazmente á confesar su crímen, ó á castigar con demasiada severidad á hombres que, justamente impacientados por la vida de sufrimientos y de privaciones que les espera, se confesasen culpables de un crímen del cual fueran inocentes para poner termino á sus males?

No creemos deber participar de la opinion de Krug en este asunto: nos parece que es suficiente que un acusado se halle convicto para que la pena señalada á su crímen, cualquiera que sea, pueda ejecutarse. Si hay error ó falsedad en los testigos, éstos serán responsables de la sangre del inocente, y no el juez.

7.° Dícese tambien que la pena de muerte es contraria á los principios del cristianismo, á lo cual respondemos:

a) Si así fuera, esto no probaría de ningun modo que fuese injusta y que debiera ser abolida; 1.° porque el cristianismo no ha tenido por fin hacer una legislacion civil ó criminal, sino únicamente regular las relaciones de la justicia y principalmente la benevolencia de particular á particular, hecha abstraccion de toda autoridad social; 2.° porque una buena legislacion no se inspira más que en la razon, y no se pone sin necesidad al abrigo de las religiones positivas, que no pueden tener autoridad sobre ella, á pesar de las justas consideraciones que merecen, teniendo en cuenta que no puede apreciarlas ni juzgarlas, y que,

si se abandona ciegamente á su direccion, abdica la suya para reconocer sólo la de los sacerdotes.

Sábese, ademas, lo que han sido los legisladores teocráticos. El sacerdote es más bien un hombre de fé, de poesía, de inmobilidad como su dogma (y todo dogma tiene naturalmente este carácter), que un hombre de ciencia, de razon y de progreso. Importa, pues, que la legislacion, que debe tener algo de la flexibilidad de las costumbres y del progreso de las ideas, se halle en manos un poco más libres.

No hablo de otro peligro no ménos grave que el que resulta de la tendencia de todo cuerpo sacerdotal á sancionar civilmente todos los actos del hombre, á poner en la categoría de los crímenes capitales las faltas que sólo son delitos ó contravenciones, aunque puedan ser enormidades morales, pecados muy graves, pero faltas al fin, que no se refieren sino á la vida privada y religiosa. Esta confusion deplorable es, no sólamente contraria á la justa libertad de que deben disfrutar todos los hombres, sino que engendra tal perturbacion en las ideas morales, que es una causa fecunda de prejuicios fanáticos en los unos, y de excepticismo moral y religioso en otros.

b) Notemos tambien que, si se toma la letra del Evangelio como principio en materia de legislacion criminal, no sólo deberá suprimirse la pena de muerte, sino todas las penas posibles.

8. Repróchase, en fin, á esta pena el no dejar tiempo al culpable para arrepentirse; el ser contraria al principio de la enmienda del culpable por la pena, y el hacer más duras y más feroces las costumbres públicas.

a) La primera de estas censuras se refiere á una creencia religiosa con la cual la legislacion criminal no tiene nada que ver, á no ser que se quiera referirla á la nocion sagrada de la justicia, tal como se ha manifestado por la sola razon.

Hay un inconveniente más grave aun que nos conduce al error; de hecho, la mayor parte de los condenados á muerte espiran con sentimientos religiosos, y aquéllos á quienes tan terrible fin no puede conducir á sentimientos de moralidad, pueden ser legítimamente juzgados incorregibles y continuarían probablemente siendo criminales toda su vida, sin morir con mejores sentimientos.

De aquí que la pena de muerte, sea más propia que to-

das las demás, para provocar el arrepentimiento y para llevar al condenado á reconciliarse con el cielo.

b) Aun cuando se admitiese esta creencia religiosa en el legislador, no se probaría con esto que la pena de muerte no sea justa en sí.

Por otra parte, este argumento, si probara algo, no tendría evidentemente ningun valor sino en el caso del arrepentimiento, y ni áun entónces habría bastante motivo para suspender el fallo de la justicia. ¿Pero qué sucedería? Que un condenado que comenzara á interesar por su enmienda, podría ser castigado con la muerte, mientras que la perversidad de otro le serviría de proteccion contra la pena capital. Este resultado que hiere á la conciencia, sería contrario á la moral, puesto que resultaría cierta ventaja de no arrepentirse ó de aparecer como no arrepentido áun cuando se estuviese realmente.

Y despues de todo, ¿es culpa de la sociedad que el condenado no se arrepienta? ¿Es falta suya, y una falta que pueda imputársele judicialmente, el que este mismo culpable se haya hecho criminal y se haya familiarizado con el mal? Dejemos al indivíduo su responsabilidad si queremos que se esfuerce para contenerse en el camino de la honradez ó para volver á él cuando se ha apartado.

b) ¿Puede decirse que la sociedad sea responsable por su cuenta y riesgo, de la reforma moral de todo culpable? ¿No es esto extraviar la cuestion por la cuestion misma? ¿Qué necesidad tengo yo para reconocer si la pena de muerte es justa en sí, de pensar en el porvenir moral del culpable? La pena, considerada bajo el punto de vista de la justicia, y como se entiende ordinariamente (1) no es más que una cuestion de pasado y de derecho, lo que no quiere decir, sin embargo, que cuando se impone otra pena que la de muerte, no sea mejor buscar la reforma del culpable que dejarle pervertirse más entre las cadenas ó en las casas de correccion.

En resúmen, la objecion sacada de las consideraciones religiosas, singularmente de la probabilidad ó de la esperanza del arrepentimiento en los condenados á muerte, en

(1) Es tambien, á nuestro juicio, una cuestion de porvenir; pero nosotros refutamos y no debemos entrar en el terreno de nuestros adversarios.

en el caso en que se les perdonara la vida, tiene los inconvenientes:

De hallarse fuera de la cuestion, sobre todo de la cuestion de justicia;

De ser una razon de órden ó de interés público ménos poderosa que la que se da en apoyo de la pena capital;

De ser una razon teológica;

De ser tambien una mala razon de este último género, porque, si el condenado podía convertirse, en el caso en que no se le condenara á muerte, sería posible tambien que no se convirtiese, que agravase sus penas con la tenacidad y la perseverancia en el mal. Ademas, es necesario carecer de inteligencia teológica, hacer de Dios una especie de máquina ciega para pensar que, si los hombres no tienen nunca razon para hacer morir á alguno de sus semejantes, porque ha podido con el tiempo reconciliarse con Dios y con la sociedad, Dios no le tenga en cuenta esta posibilidad, la cual es una certeza para él, que prevee hasta las acciones libres de los hombres. En una palabra, Dios no sería justo, no sería Dios, si subordinase su justicia y su misericordia á nuestras injusticias, á nuestra ignorancia, á las necesidades que experimentamos en nuestra manera de obrar con respecto á los culpables.

Él no subordinará jamás la suerte eterna de un infeliz condenado á una circunstancia exterior que ha podido prevenir en él un arrepentimiento eficaz que habría conocido infaliblemente si hubiese vivido su vida de hombre, aunque entre cadenas, como se supone que tenía derecho.

En cuanto á esta otra objecion que se dice sin distincion, *non occides*, á pesar de que las circunstancias irían muy léjos, se encuentra suficientemente refutada por los numerosos casos en que la pena capital es pronunciada por la ley mosáica. El argumento teológico es por lo tanto tan débil como falto de razon (1).

c) ¿Es cierto, sin embargo, que la pena de muerte hace las costumbres de un pueblo más duras y más feroces? Esto puede ser cuando dicha pena se prodiga, cuando los tribunales criminales no ofrecen las garantías necesarias, y la ejecucion va acompañada de circunstancias que hacen odiosa la pena y la sociedad casi aborrecible; pero no puede

---

(1) Santo Tomás, *C. Gentil.*, III, 146.

serlo en los casos contrarios si la pena de muerte se limita al asesinato directo ó indirecto, y se impone con la decencia y el necesario respeto á la humanidad.

Es menester sobre todo guardarse de castigar el robo con la pena capital, porque el ladron tendrá entónces un interés en acumular al robo el asesinato.

Si fuese necesario dar á la simple pena de muerte un aspecto más aterrador y más ejemplar, porque el asesinato hubiera sido un regicidio ó un parricidio ó porque hubiera ido acompañado de circunstancias atroces, se podrían añadir entónces accesorias exteriores más lúgubres, más infamantes que la distinguiesen de la simple pena capital sin aumentar el dolor físico y sin convertir la pena en suplicio.

Todo suplicio propiamente dicho, es bárbaro, respira pasion, y deshonra al que le hace sufrir. Impide una parte de la influencia saludable que el ejemplo de la pena debe ejercer. Se comienza por compadecer al sentenciado y se acaba por admirarle.

Otro inconveniente que aconseja abolir los suplicios y restringir la pena de muerte cuanto sea posible, y, en general, rebajar la pena al nivel del delito y de las costumbre, es que los jueces, sobre todo si son jurados, se dejan fácilmente aterrar por una pena muy severa, y antes que imponerla declaran inocente á un culpable ó declaran circunstancias atenuantes donde no las hay.

De aquí una impunidad total ó parcial, que es con frecuencia una desgracia y casi siempre un escándalo. La ley debe ser omnipotente, y valdría más abolirla que consentir que se violase.

Sin embargo, cuando el número de los culpables que hubieren merecido la pena capital fuese muy grande, si no había lugar á imponer una pena más severa á los unos que á los otros, y la sociedad no tuviese nada que temer por una conmutacion de la pena, entónces el soberano debería concederla más bien que derribar un gran número de cabezas.

Pensamos tambien que el infanticidio cometido por una mujer para sustraerse al estigma de la opinion, no merece la pena de muerte (1).

---

(1) La ley holandesa de 1854 apoya tambien nuestra opinion: estableciendo para este delito de 5 á 20 años de reclusion.

Otras consideraciones de órden psicológico y social vendrán en apoyo de esta opinion.

Lo mismo sucede con la muerte en duelo, principalmente entre los militares. Es necesario en todo caso distinguir entre el ofendido y el ofensor, y tener en cuenta cómo se ha realizado el combate (1). El pudor y el honor son dos sentimientos tan delicados y tan respetables que deben tomarse en consideracion hasta en sus excesos. Léjos nos hallamos, sin embargo, de proponer que queden impunes estos dos delitos, pero serían dignos de indulgencia, por una parte, mientras que por otra, la mujer pobre no tendría medios de existencia por sí, mientras no se reprimiera severamente la seduccion, mientras que la opinion censure sin piedad las consecuencias de una debilidad que ella misma provoca, mientras que por otro lado la ley no proteja eficazmente el honor de los ciudadanos, y la opinion pública sea tan poco sensata que pretenda que basta matar á un hombre á quien se ha ultrajado para merecer la estima y casi la admiracion de las personas honradas.

II. Las penas aflictivas propiamente dichas aparte de la muerte, que podían destinarse á castigar los delitos, tales como la mutilacion, las heridas, los golpes, podrían sin injustica tomarse de la naturaleza del mal físico ocasionado por el delincuente; pero aunque se redujera la reciprocidad, sería con frecuencia una barbarie que no toleran nuestras costumbres. Así, la mutilacion, las heridas y la fustigacion, no pueden ser administradas actualmente por la mano del verdugo, porque las dos primeras clases de penas nos repugnan realmente, y la tercera es denigrante y desmoralizadora, principalmente para un pueblo en que el móvil del honor y de la inviolavilidad de la persona física es muy poderoso.

Otras veces la naturaleza y la moral se oponen á la reciprocidad, aún proporcional y reducida, por ejemplo, en todos los atentados contra el pudor. Se ha hablado de una pena análoga tal como la castracion; pero si rechazamos la mutilacion en general, no como injusta sino como inhumana y no necesaria, no podemos tampoco admitir esta última clase de pena. Es necesario tomar de más alto la analogía,

---

(1) Véase á este fin *Filangieri*, t. V, p. 17.

no ver en esta clase de crímenes sino atentados contra la persona física y castigarlos con penas físicas tambien, pero sin mutilacion.

La mutilacion es principalmente inadmisible cuando incapacita para el trabajo y afecta á las partes visibles del cuerpo. En este último caso une los inconvenientes del deshonor á los de la mutilacion.

Tambien debe tomarse en consideracion, en la eleccion de las penas, el bien de la sociedad. Es una verdadera pérdida para ella el poner á un hombre en la impotencia de trabajar, y otra el hacerle incapaz para reproducirse. Sin esta circunstancia, el estupro, crímen tan odioso y tan irritante, podría ser reprimido por la pena enérgica de que hablamos.

La mutilacion penal ha sido practicada en Francia como en todos los otros países del mundo, desde los primeros tiempos de la monarquía hasta nuestros dias y afectaba ordinariamente á las orejas, la nariz, las manos, los piés, la lengua y los lábios (1).

En la Malasia, entre los Aquemeses *(apud Achienses)*, la mutilacion es una de las penas más ordinarias de los grandes crímenes, se corta á veces á un mismo indivíduo las dos manos y los dos piés, y otras se le corta la oreja, la nariz y los lábios ó todas estas partes á un tiempo (2).

En Siam, se corta la pierna, se quema el brazo y se sacan los ojos por el menor delito. El antiguo legislador de la Pérsia, Zoroastro, establecía que se cortaran las orejas al ladron; Mahoma, más severo en estos casos, pero ménos entendido en economía política, mandaba que se le cortasen las manos (3); la mulitacion figuraba tambien extensamente en los cinco suplicios ordenados por el Chon-King (4).

Los emperadores romanos no empleaban la mutilacion

---

(1) Greg. de Tours, V, VI; cap. V, § 196, 206, 247, 252; III, § 4, 10; VI, § 277, cuarta ed., § 129 y 142; Ord. de 1272, 1343, 1460, 1510, 1546, 1608 y declarac. de 1651 y 30 de Julio de 1666.

(2) G. Anthus, *Ind. orient. descript.*, VII, part. grav. Francf. 1607.

(3) Pastoret, *Paral. de Zor.*, *Conf. y Mahom.*, primera parte, artículo 5, 3.ª parte, art. 4.

(4) *Ibid.*, 2.ª parte, art. 2.

lo mismo la muerte (1). Los Egipcios (2), los Griegos (3), los Bárbaros (4) y las antigas leyes inglesas, polacas, españolas y sicilianas, hállanse igualmente deshonradas por estas penas (5).

III. Era una pena aflictiva muy singular la que se imponía á veces al soldado romano, al cual se le hacia una sangría (6). Este era un castigo por herida ó mejor dicho por contusion, y rara vez se ve este género de penas empleadas por ellos mismos. Las heridas no han sido en general sino la consecuencia de la mutilacion y la fustigacion, y en nuestros dias, no podría hallarse en este género de sufrimientos una mera manera de castigar. Por lo demás, hemos procurado averiguar la razon de esta singular pena.

IV. El empleo del palo ó del látigo (7) es mucho más natural que el de la lanceta ó el del escalpelo, y sin embargo, este uso tambien ha desaparecido de nuestros códigos criminales.

Lo que lo hace tan odioso en los pueblos libres, es su supuesto orígen, puesto que á la pena del látigo va unida la idea de la servidumbre: esta era la pena generalmente impuesta en los tiempos antiguos y medios á los esclavos y á los villanos. Es, sin embargo, tan fácil abusar de ella, que no se podría equitativamente resucitarla, sino recurriendo á máquinas de fustigacion, segun la idea de Bentham; máquinas que serían movidas por resortes de una fuerza conocida, á la que nada añadiría la del verdugo; pero es mejor abandonar completamente estos últimos vestigios de la servidumbre.

La pena del látigo era siempre aplicada entre los Judios,

---

(1) Suetonio, *Vidas de Augusto, de Tiberio, de Calígula, de Neron, de Domiciano.*

(2) Diod., I; Herod., II.

(3) Ælien. *Hist. div.*, XIII, 24.

(4) *Leyes de Visigodos*, III, t. 4, l. 1 y 3.

(5) Especialmente á propósito del adulterio.

(6) A. Gell., X, 8. Habia otras muchas penas, entre ellas la paliza, el yugo, la retencion de la paga, etc.

(7) Yo no distingo aquí entre la fustigacion y la flagelacion, y mucho ménos entre la fustigacion con un instrumento ó con otro, y sin embargo, el mismo pueblo ha considerado casi como un honor el ser azotado con un sarmiento, mientras que se habría creido deshonrado si le hubieran azotado con una vara de otra madera. En otras partes el palo deshonra, mientras que el látigo no tiene nada de deshonroso. Tampoco distingo entre la flagelacion con varas, con correas ó con cuerdas.

cuando la ley no había designado el género de suplicio ni determinado que fuese capital. El número de los azotes era de cuarenta ó más, y en caso de reincidencia, de setenta y nueve. El que había sido condenado tres veces á la flagelacion por delitos graves, ó cuatro veces por faltas leves, no podía esperar perdon si incurría en una cuarta ó quinta reincidencia, siendo el último asilo del criminal obstinado, un calabozo que no tenía más que seis piés de altura, y tan estrecho que no podía extenderse en él. Allí se le daba agua por toda bebida, y pan por todo alimento, poniéndosele por último un poco de paja, cuando el aniquilamiento anunciaba ya una muerte próxima (1).

La flagelacion y la fustigacion han regido, por decirlo así, en el universo. Hállaselas en todas partes: en Egipto (2), en Persia (3), en la India (4), en China (5), en Roma (6), en Atenas (7), en Esparta (8), entre los bárbaros de la Edad Media (9), entre los Musulmanes (10), en el derecho canónico como en el derecho civil (11), y en las comunidades religiosas como en las prisiones (12). En Francia, San Luis hacía dar azotes á los blasfemos impúberos. La pena de palos

---

(1) *Deuter.*, XXV, 1-3; *Misna*, IV, p. 289; *Proverb.*, X, 13: XXVI, 3; *Ps.* CXXVIII, 3; *Eccle.*, XLII, 5; Micheé, IV, 14; Schickard, p. 143; Selden, *de Synedr.*, II, 13, § 6; *Misna*, IV, p. 252.—V. tambien Salvador, *Leyes de Moisés*, p. 208, y los *Comentarios de la Epístola de San Pablo á los Hebreos.*

(2) *Descripcion del Egipto antiguo*, t. IV, pl. 66, fig. 10; *Descript*; c. VI, p. 31; *Descrip. de los hypogeos*, c. X, p. 351. La paliza se administra áun hoy en el Cairo exactamente de la misma manera que en tiempo de los Faraones.

(3) Plut., *Apopht. de los reyes*, etc., Strale., c. CXLII.

(4) *Leyes de Manú*, VIII, 299, 315.

(5) La pena de azotes no figura entre los cinco suplicios antiguos; pero la paliza es la pena principal del Código actual. La pena del palo como la del fuego podría muy bien ser de orígen *mantchu*, ó al ménos no remontarse sino al siglo VI ántes de nuestra era.

(6) *Leyes de las Doce Tablas*; tab. II, l. 1; l. 16, Cod., *Ex quibus causis infam. irrogatur;* l. 28, § 3, D., *De pœnis*. Val. Max., II, 74; Juvenal, VIII, 247; Tit.-Liv., V, 5; Cic., *Philipp.*, III, 6; Polyb., VI, 7; Horat. Ep. 4, Sallus., cat. 51; Tacit., *Ann.* 1, 17, 18, 23, 31 y 32.

(7) Aristoph., Pax; Terence, *Andr.*; Poll., III, 8.

(8) Plut., *Vidas de Arist., de Licurgo.*

(9) *Wisigothor. leyes*, l. II, tít. 1, l. 18, 38; III, tít. 4, l. 15; IV, tomo 5, l. 1.

(10) Montesq., *Cartas persas.*, 157 y 158: los viajes.

(11) L. *Capitalium*, 28, § in princip., § 1, D., *Capital pœn.*

(12) Se conoce la historia de los flagelantes y el uso de la disciplina en un gran número de conventos de hombres y mujeres.

se dice fué introducida en los ejércitos por Francisco I, y figura, por lo ménos, en las ordenanzas forestales de Enrique IV (1) y en las de Luis XIV (2). Los mismos soberanos se sometian humildemente á esta pena cuando les era impuesta por el Papa ó por sus representantes (3), aunque siempre concluían por recibirla sobre las espaldas de los cardenales y capellanes: pero los Romanos, los Españoles, los Portugueses, los Napolitanos, los Ingleses, los Alemanes y los Rusos, la recibían sobre sus propias espaldas, y de manos del verdugo, ó de aquellos que se hallan obligados á cumplir tan triste funcion. En 1823 publicóse una ley de Pío VII para obligar á los Judios domiciliados en Roma á oir cada semana un sermon, que consideraban lleno de blasfemias, y para hacer condenar á la pena de azotes á los cristianos ó á otros que se atrevieran á reirse de un espectáculo tan peregrino. En 1824, en la España, convertida por al fuerza de nuestras armas al poder absoluto, los hombres fueron jurídicamente condenados á recibir cada cual muchos azotes, ó á ser paseados por las calles sobre un asno y azotados al mismo tiempo por la mano del verdugo. Los jesuitas gobernaban á los naturales del Paraguay, como otras veces á sus discípulos en los colegios, azotando á hombres y mujeres, grandes y pequeños.

Por lo demás, ántes que los jesuitas tuviesen colegios que dirigir, se azotaba ya en los establecimientos de instruccion pública, y el mismo San Ignacio recibió azotes en el colegio de Santa Bárbara, á la edad de más de treinta años.

Se azotaba á los pajes en la córte de Francia, áun despues de haber combatido en los ejercitos, y el mismo rey no se desdeñaba de manejar el látigo. Don Pedro I, rey de Portugal, propinó los azotes al obispo de Oporto, y el padre de Federico II acometía personalmente la empresa de azotar á las damas á los ministros del culto y á sus oficiales, y él mismo azotaba tambien á los soldados.

En 1822 se restableció esta pena en Nápoles, por vía de ensayo, y en el reino de la Gran-Bretaña se ha conservado

---

(1) *Ord.* de 1272, 1601, una ley de Childeb., 554, aplicaba el fuego á los esclavos.—V. Baluze, t. I. p. 8, 16, 1266.

(2) *Ord.* de 1669, 1680.

(3) Raimundo VI, conde de Tolosa; Enrique II, rey de Inglaterra; Luis VIII, rey de Francia; nuestro Enrique IV, en 1595.

en los regimientos, miéntras se decía que se iba á suprimir en los ejércitos. Alemania y Rusia no creen poder prescindir de ella, como los Koh-Kong (en la Cambodja siamesa), los Chinos, el emperador de Marruecos y el Gran Sultan. En Francia no existe más que en las cárceles, y se dice que en las escuelas de *Hermanos* (1).

Hay, sin embargo, esta gran diferencia entre los azotes con el bambú de los Chinos y los azotes con el azebuche de los Sármatas modernos ó Rusos: que los primeros se administran segun reglas mucho más humanas que los segundos, que se puede uno librar de ellos mediante una pequeña suma de dinero, y, en fin, que si el castigo debe ser mortal, se recurre francamente á una pena capital mucho más sencilla y más humana, porque es más expedita. Por lo demás, el bambú debe tener una longitud determinada; una de sus extremidades es más delgada que la otra, el largo de cada una de ellas está fijado por los reglamentos, así como el servicio total de este instrumento de suplicio. Se azota, ya con una punta, ya con la otra, segun los casos, y jamás se dan más de cuarenta azotes, siendo esta una rebaja de un 60 por 100 sobre el número legal (2). En Rusia no se atiende tan cuidadosamente á la aplicacion del knout ó de los azotes, sino que se prodigan golpes á centenares. Los militares condenados á la pena de azotes, pueden resistirla muy rara vez. Despues de recibir cuatrocientos ó quinientos, es necesario conducir al paciente al hospital, de donde no sale sino para volver á él otra vez, despues de haber recibido su contingente. (3) El sexo débil no se halla tampoco dispensado, mientras que en China la prision reemplaza á la fustigacion en las mujeres (4).

V. La marca es una de las penas que debe extrañarnos ménos hallar en todas partes: es aflictiva é infamante á la vez, y cuando se aplica á alguna parte visible del cuerpo es propia para inspirar una saludable desconfianza. Desgraciadamente si esta nota es perpétua, si no puede desaparecer con el tiempo (como sucede cuando consiste en cortar los cabellos ó la barba de cierta manera, etc.), puede hacer

---

(1) Lanjuinais, *Obras*, t. IV, p. 631 y siguientes.
(2) *Código penal de China*, t. I, p. 11 16.
(3) Véase la *Rusia bajo Nicolas* I.
(4) V. *Diccionario de la penalidad*, art. Fuego.

durar la pena más del tiempo conveniente, hacer muy difícil en la sociedad la situacion del condenado, quitarle toda esperanza de recobrar la estima de los hombres, y por consecuencia inspirarle el peligroso amor propio de hacerse temer, llenando su corazon de ódio ó de desesperacion.

La marca que afecta á las partes ocultas del cuerpo, las espaldas, las nalgas, es la ménos peligrosa (1) bajo este punto de vista; pero no debía alcanzar en todo caso sino á los condenados á penas perpétuas, á ménos que la marca misma no debiese ser considerada como pena principal, lo que no se puede admitir.

Es extraño que no se haya tenido la idea de marcar con colores pasajeros, pero de cierta duracion, el rostro de los detenidos, cuya huida podía temerse, cuya observacion hizo ya Bentham (2). Es probable que al cabo de siete años, si es cierto que el cuerpo humano se renueva completamente en este período, el color más consistente hubiera desaparecido ya.

De cualquier manera que sea, la marca admitida en todos los pueblos un poco civilizados, ha variado mucho por la naturaleza de los signos que la componen, por las partes del cuerpo que la reciben, etc.; en unas partes es la figura del instrumento del delito (3) ó de un suplicio (4) la que se señala; en otras es un signo sin relacion con la naturaleza del crímen ó de la pena (5), y en otras son simples letras alfabéticas, pero letras acusadoras (6). Ora se imprimen estos estigmas en la frente, en las mejillas, sobre la mano; otras veces en la espalda, en las nalgas ó en otras partes ocultas del cuerpo.

En nuestra antigua legislacion penal, la marca era un signo que podía tener las más graves consecuencias, y se conminaba con la pena de muerte en caso de reincidencia al que la llevaba (7).

---

(1) Rusia pone todavía la marca en la frente y las megillas del ladron y del asesino, ántes de haberlos castigado con el knout.

(2) La marca por un signo negro, figuraba entre las penas de los antiguos chinos.

(3) Por ejemplo, las partes senxuales de la mujer ó del hombre en el caso de adulterio. (*Leyes de Manú*).

(4) Una horca en Polonia.

(5) Una flor de lis en Francia algunas veces: dos clavos en Roma.

(6) Como la k. (calumnia entre los Romanos); G. A. L. en Francia, y más tarde, T. F., T. F. P., etc.

(7) *Declaracion* del 4 de Marzo de 1724.

La marca, aunque sea oculta, ha sido de consecuencias funestas para aquellos que habían tenido la desgracia de ser marcados, ó para los que la llevaban indisolublemente unida. Se ha visto, por ejemplo, que han preferido dejarse morir sin socorro en los casos de mayor peligro, ó darse la muerte, ántes que descubrir los signos de su deshonra, prueba de que no merecían llevarlos, si alguna vez habían sido bastante culpables para merecer (1).

Es tambien una especie de marca, pero la ménos peligrosa de todas, la que consiste en el corte, el color, la naturaleza, etc., de los vestidos (2).

VI. Las galeras y los trabajos públicos en general (3) son una pena aflictiva que afecta á la sensibilidad física por la naturaleza penosa de las ocupaciones, por la de la habitacion, los vestidos y los alimentos, alcanzando tambien indirectamente por las penas aflictivas que pueden imponerse á los detenidos por el quebrantamiento de la disciplina.

Sin embargo, los trabajos públicos no tienen ya el mismo carácter de dolor físico inmediatamente ocasionado por la mano del hombre, que distingue á las penas aflictivas propiamente dichas. Es una especie de transicion de las penas aflictivas á aquellas otras cuya esencia consiste principalmente en la privacion de la libertad, penas que se podrían llamar aflictivas tambien en el ámplio sentido de la palabra.

Ya se ha dicho todo lo que debe decirse sobre esas cárceles de galeotes, consideradas como escuelas del crímen (4), y sólo hay una opinion posible sobre este punto: son condenadas por la razon y la moral. Pero lo que hay de justo y de bueno en la pena de las galeras, y lo que debe conservarse, en cuanto sea posible, es el alejamiento de la sociedad y el trabajo útil y penoso. El Estado no se halla obligado á soportar las consecuencias pecuniarias que lleva consigo la necesidad de aislar á los culpables del resto de la comu-

---

(1) Véase Bentham, *Teoría de las penas*, t. I, p. 122.

(2) Véase tambien nuestro artículo «Heridas» en la *Enciclopedia del siglo* XIX.

(3) V. *Diccionario de la penalidad y Repertorio de derecho criminal*, por M. Morin, las palabras: *Cárcel, Galeote, Galeras, Trabajos públicos*.

(4) Véase, por ejemplo, Bentham, *Teoría de las penas*, t. I, páginas 144-168; 202-214.

nidad social. Estas consecuencias, deben por lo tanto, hasta donde dado sea, pesar sobre ellos mismos (1). La esclavitud de la pena impuesta en esta medida por la necesidad, y limitada por la justicia, es, pues, perfectamente natural y equitativa. Prescindamos, si se quiere, de la palabra esclavitud, y no veamos sino las consecuencias en sí, la posicion que se crea el criminal en la sociedad, la que crea á la sociedad misma respecto á él, y comprenderemos fácilmente que los trabajos duros ó repugnantes, puedan reservarse justamente á los grandes culpables.

Aboliendo las galeras, convirtiéndolas en sistemas penitenciarios, no se trata pues de librar á los detenidos de todo trabajo útil á la cosa pública, de poner á cada cual de ellos, por decirlo así, en un cómodo aposento convirtiéndolos en pensionistas del Estado. Tal sistema de represion pareceria ridículo aun á aquellos mismos que debieran sufrirle. Lo dificil es sin duda obtener un trabajo voluntario y el silencio en el caso en que el trabajo exija el concurso de la fuerza. Pero es necesario reconocerlo: las infracciones de este género de disciplina deben ser castigadas con una pena disciplinaria tal como el completo aislamiento temporal, la abstinencia, la ociosidad y sobre todo la pena terrible y temida de la inaccion absoluta (2). Es necesario que el detenido aprenda á amar, á estimar el trabajo, aunque sea penoso, como un beneficio (3).

Esta es la ocasion de decir algunas palabras sobre los dos sistemas penitenciarios que se disfrutan el triunfo; el de Auburn que admite el trabajo en comun, pero en silencio durante el dia y el aislamiento durante la noche, y el de Filadelfia ó del aislamiento de dia y de noche. Este último toma tambien el nombre de sistema celular.

Puesto que uno de los más grandes inconvenientes de las galeras es la mutúa enseñanza del vicio y del crímen, es claro que, si se quiere evitarlo, es necesario aislar á los condenados. Imposible es impedir á hombres que trabajan en

---

(1) Pero sobre ellos solos, porque si no sería preciso resolver el problema de emplear á los condenados sin que hicieran una concurrencia desastrosa á los trabajadores honrados.

(2) Esto es lo que propone Edward Livingston, *Introductory report to the cod af reform, and prison discipline.*

(3) Es extraño que en Rusia se imponga como una pena, pues esto no honra mucho la profesion.

comun que se hablen, se vean y se conozcan, y que se pongan fácilmente de acuerdo para reanudar su vida criminal cuando vuelvan á encontrarse juntos despues de ser puestos en libertad. Es necesaria una vigilancia extrema para obtener resultados más perfectos (1); son necesarias penas disciplinarias frecuentes y más ó ménos duras para hacer respetar los reglamentos que están amenazados de ser violados á cada instante, y que el amor propio del mal conducen á desafiar.

Las objeciones más sérias contra el sistema celular son; 1.° los gastos de construccion; 2.° la salud intelectual y física de los detenidos; 3.° la imposibilidad de hacerles ejecutar un gran número de trabajos que sólo pueden efectuarse en comun. Pero se puede contestar:

1.° Que hay economía en el número de los hombres empleados en la vigilancia, y en el menor número de los detenidos, si está ya probado, por otra parte, que este sistema es moralmente más eficaz que el otro.

2.° Que los detenidos sólo se hallan privados de comunicacion con los hombres cuya influéncia podría serles perniciosa; pero que son visitados, instruidos, educados, exhortados por hombres de bien, y que pueden leer y escribir; y, por consecuencia, que su inteligencia tiene todos los elementos propios para fortificarse, para ilustrarse léjos de hallarse expuesta á morir.

3.° Que es ciertamente sensible que no puedan ocuparse al aire libre y encargarse de trabajos de todo género, particularmente de los más penosos; pero que por una parte, la prision debe ser sana y la pena más bien moral que física (2), y por otra que no sería imposible, como primer alivio merecido, hacer pasar de un régimen á otro á los condenados que dieran garantías suficientes; por último, que el sistema de Filadelfia podría reservarse sólo para los criminales más empedernidos.

Este sistema tiene, por otro lado, numerosas é incontes-

---

(1) Mr. Fregier, *De las clases peligrosas en las grandes poblaciones* ha hecho ver perfectamente la imposibilidad casi absoluta de impedir toda comunicacion; mejor que abstenerse de ella, estos desdichados se escriben con su propia sangre á falta de tinta.

(2) Sábese cuán impropias y mortíferas eran las antiguas prisiones. —V. Gozain, *Investigaciones sobre la ciencia del gobierno*, t. 1, página 75-90.

tables ventajas que le son propias. Los detenidos no se enseñan unos á otros ni se corrompen, y no pueden formar ningun complot para el presente ni el porvenir. Su amor propio de malhechor no se halla puesto en juego ni son los unos para los otros objeto de distraccion, ni modelos que seguir, ni émulos á quienes igualar, ni rivales á quienes exceder en fanfarronería, en malos sentimientos, en propósitos audaces ó cínicos, en tenacidad en el mal y en el desprecio de todo bien. Por el contrario, las reflexiones son más serias, la ilustracion más eficaz, el trabajo es la sola distraccion y se convierte en una necesidad imperiosa, se contrae el gusto y el hábito de hacer algo, y la lectura y las distracciones útiles son un beneficio á falta de otras ocupaciones.

Agreguemos que la experiencia ha demostrado las ventajas de este sistema. Los hombres ilustrados ó imparciales que han estudiado detenidamente los resultados, se han rendido á la evidencia, aunque muchos de ellos hayan tenido ántes preocupaciones contrarias (1). En América y en Inglaterra en donde el sistema de Auburn había sido preferido primero, se ha aceptado por fin el de Filadelfia á pesar de los gastos considerables que debía ocasionar tal cambio. En fin, una gran reunion de hombres graves que han reflexionado, que han leido y experimentado despues de haberse comunicado sus observaciones y reflexiones, se han convencido unanimemente de la superioridad del sistema celular. Un congreso en pleno, compuesto de hombres distinguidos de todos los países de Europa es un argumento muy poderoso (2). Sea como quiera, la deten-

(1) Tales como MM. de Tocqueville, de Beaumont, Crawford, Julius de Metz.

(2) El Congreso científico de Francfort, en 1846.—A mayor abundamiento pueden leerse sobre esta cuestion las numerosas obras especiales en que es tratada, entre otras, el *Sistema penal* de M. C. Lúcas. La mayor parte de estas obras han sido analizadas y examinadas en los numerosos artículos consagrados por dos publicaciones estimables; la *Revista* de Fœlix, t. I, p. 7, 129, 688; II, 471; VI, 237, 394, 583, VIII, 991; IX, 569; la de M. Wolowski, t. IV, p. 219, 294, 332, 420; V, 41, 57, 449; VII, 111, 161, 201, 363, 441; XIX, 269, y t. I, p. 235 de la nueva coleccion.—Véase ademas á Bentham, *Teoría de las penas*, t. I, p. 242-268; *Tratado de legislacion civil y penal*, t. III, p. 7-94. La reforma de las prisiones vá íntimamente unida á la del sistema penitenciario; se pueden ver con este objeto las dos *Revistas* que acabamos de citar; la de Fælix, t. IV, p. 481, 584, 641, 650, 801; VI, 161, 321, 420, 526, 530, 596, 786; VII, 59, 366; la de Wolowski, t. VI, p. 237, 394; VII, 1; VIII, 202, 222; XI, 161; Alauzet, *Ensayo sobre las penas y el sistema penitenciario.*

cion cuando es posible, es decir, cuando un pueblo posee los resortes necesarios para emplearla sin inhumanidad, es una de las penas más naturales; pero el trabajo debe ser inseparable de ella. Es necesario ademas que este trabajo no sea una concurrencia funesta al de los obreros honrados, y para alcanzar este doble progreso ya realizado en algunos países, en Berna, por ejemplo, convendría quizá elegir el punto de los establecimientos penitenciarios más al alcance de las necesidades de la agricultura, puesto que esta industria es en la que ménos concurrencia hay ó donde se puede temer ménos.

La detencion ha sido considerada algunas veces como una pena demasiado dulce para el pueblo. Los Eslavos la consideraban como una pena para las gentes de iglesia y las personas de rango superior; para las personas de inferior condicion sólo era un medio de asegurarse de ellas (1).

Por otra parte, se sabía y se sabe aún poner la prision al nivel de todos los delitos y de todas las sensibilidades. El Código austriaco, por ejemplo, tomando la razon por base de la penalidad, ha sabido agravar indefinidamente el régimen por mano del carcelero y en la sombra. La prision tiene tres grados: es sencilla, dura y muy dura, y puede durar de seis meses á veinte años, si es temporal, pudiendo tambien ser perpétua. Es agravada igualmente por el ayuno, los trabajos fatigosos, los castigos corporales, la exposicion pública y el destierro despues de sufrida la pena. Estos diversos medios de agravar ó de aligerar la suerte de los detenidos, serían muy útiles empleados por manos humanitarias ó justas al ménos (2).

El castigo corporal es aplicado frecuentemente como pena principal.

Hállanse en el Código ruso, respecto á la prision, disposiciones dignas de elogio; tales son las que prohiben confundir en las prisiones á los acusados y á los condenados, á los simples inculpados y á aquellos cuya culpabilidad es más probable, á los grandes criminales con los que lo son ménos, á los detenidos por deudas con los que se hallan

(1) Macieiowski, *ob. cit.*, II, p. 91.
(2) Esto no sucede siempre en el régimen austriaco: conviene ver para este objeto las *Memorias* de Adriano y las *Prisiones* de Silvio Pellico.

encerrados por acciones de otra naturaleza más grave, las que previenen la separacion de los coacusados por un mismo delito, la que prohibe hacer sufrir la pena á una mujer parida ántes de la cuarentena, y algunas otras que no podrán dejar de ser adoptadas por la mayor parte de las demás legislaciones de Europa.

El sistema penitenciario se halla en gérmen en la condenacion al destierro sin salir del territorio ruso, con la obligacion de tomar parte en los trabajos de colonizacion (1).

VII. Todos los delitos contra la libertad individual exigen naturalmente ser castigados con la detencion (2). Este género de pena hállase necesariamente muy extendido por la doble razon de que todos los delitos no son, en último término, sino abusos de la libertad, y sobre todo, porque la seguridad pública exige que el malhechor sea puesto en la impotencia de recaer en su falta por un tiempo al ménos que no exceda al de la pena merecida.

¿No se podría tambien, salvo las fórmulas necesarias para la garantía de una buena justicia, considerar al detenido que no hubiese cambiado de sentimientos como un enemigo de la sociedad y no ponerle en libertad sino cuando se hallase en disposicion probable de no abusar de ella, salvo el templar los rigores de su cautiverio? No ignoramos que no se puede castigar un delito posible, ni aun un delito probable, pero es indudable que se puede encerrar á un furioso. Esta prolongacion del cautiverio sería pues más bien que una pena, una medida de precaucion muy justificada por el excesivo número de reincidentes, para garantir la sociedad contra nuevos atentados. Si fuere necesario, por otra parte, que esta precaucion por fundada que en realidad fuese, tuviera un carácter penal para ser legítima, es decir,

---

(1) Este sistema—se dice—va á recibir una ejecucion más precisa y más completa. Dos casas de este género deben ser en breve construidas en Moscow y en San Petersburgo con arreglo á los planos publicados por C. Medelsheim, que será encargado de la direccion de los trabajos. —En atencion á esta mejora, acaba de ponerse en ejecucion, un nuevo modo de trasportar los desterrados á la Siberia. Es más rápido, pero más fatigoso que el antiguo. Los hombres entendidos en estos asuntos, lo consideran funesto para la salud: en este trayecto se pierden dos hombres de cada diez (*La Semana*, cuaderno del 19 de Setiembre de 1847, p. 634, primera columna, y 636, segunda columna).

(2) Este término le empleamos en un sentido genérico, para indicar la privacion de la libertad.

que fuese precedida de un delito, encontraría yo este delito en las disposiciones amenazadoras para la seguridad pública, las cuales servirían para engendrar la alarma en el seno de la poblacion si fueran conocidas. La justicia natural no se opone, pues, á lo que un tribunal equitativo, por ejemplo, pronunciase cuando la pena llegara á su término, si habia lugar á poner en libertad al detenido. La composicion de este tribunal, las pruebas segun las cuales deberían ser pronunciadas sus sentencias, son una cuestion de procedimiento que no tiene nada de insoluble y que no debe detenernos aquí. Sólo vemos en esta teoría cuatro objeciones algun tanto sérias: 1.ª el peligro de emplear la arbitrariedad en lugar de la justicia; 2.ª el alentar la hipocresía; 3.ª una carga excesiva para el tesoro público; 4.ª una agravacion de la pena.

1. Habría tanto ménos peligro en retener injustamente en prision á un incorregible, cuanto que sólo fuera dictada esta disposicion por sentencia de un tribunal cuyos miembros tuvieran por mision obligada la visita regular de los condenados, la inspeccion y la alta vigilancia de las prisiones. El condenado sería perfectamente libre de portarse de manera que no pudiera ser retenido más allá del tiempo fijado por la pena principal, y que por lo mismo no podría ó no querría merecer esta prolongacion más allá del tiempo fijado; hallaríase en realidad con disposiciones hostiles respecto á la sociedad, y, por lo tanto, se crearía esta nueva posicion y obligaría á la sociedad á mantenerle.

2. La hipocresía podría sin duda sorprender la religiosidad del tribunal encargado de pronunciar ó de fallar sobre la oportunidad de la ampliacion de la pena; pero hagamos observar varias cosas: la primera, que un tribunal no está obligado á ser infalible; la segunda, que este error sería sin duda bastante raro; la tercera, que aunque fuera frecuente, la sociedad sufriría todavía ménos que con el actual estado de cosas; la cuarta, que mientras más frecuente fuera, ménos podría lamentarse de una medida que al primer golpe de vista se creería injusta; la quinta, que es muy importante, es que un papel que se desempeña tan largo tiempo, concluye por lo comun por convertirse en hábito y en sentimientos. Aunque un hombre haya simulado primero la docilidad, la dulzura, el respeto al deber, el amor al trabajo, no desempeñará durante ocho ó diez años este papel

sin convertirse al fin en lo que quería aparecer. Los que conocen bien el espíritu y el corazon humano no me desmentirán de seguro.

3. Los gastos que llevaría consigo la medida propuesta serían ámpliamente recompensados por la posibilidad de remitir más frecuentemente una parte de la pena á los detenidos cuya conducta hubiera sido intachable durante cierto tiempo; por el número mucho ménos considerable de los reincidentes; por una vigilancia que llega á ser más fácil y ménos costosa á causa de la perspectiva segura de ver la pena abreviada por consecuencia de una buena conducta sostenida.

4. Decimos tambien que no habría agravacion de pena, puesto que esta prolongacion del cautiverio se hallaría prevista por la ley, y por otra parte sería posible abreviar la duracion legal de esta detencion, ya reduciendo el número legal del *máximum*, ya concediendo al tribunal de vigilancia y de administracion de las casas de este género, la facultad de abreviar por sí el tiempo fijado por la ley y la sentencia de condena, pero en una medida y en condiciones determinadas. Podríase tambien reducir y dulcificar la vigilancia de la alta policía. En fin, por el hecho de que los antiguos condenados reinciden en gran número en sus primeras faltas y ven de esta suerte renovarse su pena con agravacion, no es dudoso que, por punto general, fuera preferible para la sociedad y para ellos mismos, que quedasen la primera vez por más tiempo privados de la libertad, que el dársela prematuramente en el caso de que pudieran abusar de nuevo de ella. Tampoco es ménos cierto que si debían ser absolutamente incorregibles, sería preferible tambien para ellos y para los demás que quedasen reducidos indefinidamente á la impotencia de volver á ser culpables (1).

Hay, por lo demás, dos medios eficaces de poner la sociedad al abrigo de los atentados de un criminal por medio de la separacion, encerrándole, ó arrojandole de su seno.

Puede separársele más ó ménos estrechamente, por la *prision*, por el *destierro ó la relegacion*, por la *deportacion* misma.

Puede ser arrojado por extrañamiento.

---

(1) Véase el capítulo precedente sobre la alarma, etc.

La prision puede ser más ó ménos dura, y es fácil distinguir en ella cuatro grados por lo ménos: 1.°, la prision incomunicada sin trabajo y con un régimen alimenticio grosero y poco abundante; 2.°, la prision incomunicada con trabajo y régimen alimenticio suficiente; 3.°, la prision incomunicada con trabajo facultativo y régimen alimenticio de superior calidad; 4.°, la prision comunicativa con ocupacion facultativa á eleccion del detenido y un régimen que pueda mejorar segun sus medios y sus inclinaciones. Este último grado de prision no es más que la privacion de la libertad.

El destierro ó la relegacion consistiría en designar un lugar á una determinada distancia en el territorio del país en que el condenado estuviese obligado á vivir, so pena de incurrir en una pena más severa si quebrantaba la sentencia. Esta condicion es naturalmente la de todo quebrantamiento de condena.

La relegacion sólo conviene á los delitos que amenazan á personas determinadas, y puede ser más dura por sus consecuencias pecuniarias ó de fortuna que una prision en la localidad, pero de ménos duracion.

La deportacion no es más que el destierro, puesto que el deportado sólo lo es á posesiones nacionales, pero con la circunstancia de que lo es á las colonias (1).

La deportacion conviene principalmente á los delitos que turban gravemente el órden social, cuando no son de tal naturaleza que puedan renovarse tan fácilmente en las colonias, y no es de temer el quebrantamiento de la condena nuevas maquinaciones con ó antiguos ó nuevos cómplices.

La deportacion es por otra parte, no tanto la extirpacion del mal como su aplacamiento; es purgar la metrópoli, envenenando las colonias, y por otro lado, para no establecer sobre un suelo determinado sino á los convictos, para esperar á fundar allí una colonia con elementos de esta clase es necesario; primero, tener un lugar convenient[e], es decir, poco habitado, cultivable, suficientemente vasto y retirado de la metrópoli para no tener que temer un quebranta-

(1) Véanse sobre la deportacion los interesantes debates que tuvieron lugar en la Academia de ciencias morales y políticas en 1853 con ocasion de las *Memorias* de MM. Lelut y Leon Faucher sobre este asunto.

miento de condena de parte de los deportados, siempre que su traslacion no sea muy costosa ni muy peligrosa para su salud, condiciones que no son muy fáciles de reunir. ¿Se puede, sin embargo, sin faltar abiertamente á la justicia y á la humanidad, diseminar una inmunda poblacion de malhechores en medio de indígenas propietarios de un suelo que apenas basta para mantenerlos y del que nada quieren ceder, ó que si consienten en nuestro establecimiento, ignoran las terribles consecuencias que para ellos puede tener esta concesion?

Y áun admitiendo que estas primeras dificultades llegaran á salvarse, ¿qué sociedad formarían entre sí estos deportados? ¿Con qué ojos verían los que podrían enmendarse, invadir incesantemente sus colonias turbas de criminales? ¿Qué seguridad podría ofrecerles esto? ¿Qué seguridad podría ofrecer á sus hijos sobre todo? ¿Qué presente y qué porvenir les esperaría? No digo más sobre este punto, porque los hechos son bastante elocuentes. Es necesario ver en los escritos de los que los han observado la triste condicion y la moral, más triste todavía de los deportados de Botany-Bay (1).

La expatriacion es la expulsion pura y simple del territorio nacional y áun del de las mismas colonias por delitos contra las personas ó contra las propiedades. Esto es atentar á los derechos de las otras naciones, á ménos que el destierro no se imponga á un extranjero que se restituye á su pátria. Pero el destierro es una pena que debe conservarse, sin embargo, para los delitos políticos que suponen más exaltacion que perversidad. Una persona que no puede soportar el ver á su pátria sometida á un régimen que cree ilegal ó tiránico, puede ser un hombre muy pacífico, muy

---

(1) V. Bentham, *Teoría de las penas*, l, p. 215-242.—Véase tambien *Revista extranjera y francesa de legislacion*, etc., t. I, p. 193; II, 705; IV, 433; VI, 704. Segun M. Hantute, *Revista de derecho francès y extranjero*, 1849, p. 678-706, las colonias inglesas destinadas á recibir á los condenados, se hallaban muy florecientes; la prosperidad progresaba en ellas, y algunos Ingleses habían hablado mal de ellas sólo por espíritu de egoismo y de rivalidad, á fin de que los otros países no procurasen imitar una institucion que tan buenos resultados dá en Inglaterra.

Puede verse en Boitard, p. 70-87, *ob. cit.*, las dificultades particulares que lleva consigo la deportacion. La ley de 1850 (16 de Junio) ha podido resolver algunas, pero hay otras que parecen insuperables.

honrado y muy útil á los que le han acogido en su seno.

El destierro es tan natural por otra parte, que deberíamos extrañarnos de que no se hubiera practicado en casi todos los pueblos. Los Atenienses permitían al acusado expatriarse y tenían el ostracismo; en Roma se ponía al condenado en la necesidad de abandonar el suelo de su pátria, privándole el agua y el fuego; en China la relegacion es muy frecuente.

Entre los Chipeonays (tríbu salvaje de la América del Norte), el que derrama la sangre de sus compatriotas, es abandonado por sus parientes y por sus amigos, y reducido á una vida errante, y cuando sale de su retiro todos exclaman: «Hé ahí el asesino» (1).

Algo análogo se observa entre los Groenlandeses. Careciendo casi de ideas religiosas y de leyes, y aunque no ven en el culto sino una ceremonia sin objeto, y en las ceremonias un abuso de la fuerza, parece bastante castigado cuando en una reunion se le llena de insultos (2).

Esta dulzura de costumbres sin el auxilio de la religion es muy notable, y parece ser mayor en el N. que en el medio dia, llegando á ser más sensible esta diferencia á medida que los pueblos comparados se alejan de la zona ecuatorial.

La excomunion religiosa conducía naturalmente al exterminio, y esta pena fué pronunciada por los Atenienses contra muchos filósofos. Los emperadores cristianos la imponían al principio contra la heregía, y Arcadio la reemplazó por la de muerte; ocupaba un lugar importante en las capitulares de Cárlo-Magno, y Gregorio de Tours menciona numerosos ejemplos. Los pueblos que han sentido la escasez de la poblacion, que han poseido territorios vastos y poblados como los Romanos, los Chinos y los Rusos, ó que temen ver á sus compatriotas llevarse á otra parte los elementos de riqueza y de prosperidad, ó que han temido la contaminacion de los errores religiosos, han sido más parcos en la aplicacion de la pena de destierro. Hoy todavía China y Rusia no destierran, deportan (3).

---

(1) Mackenzie y Hearne, *Viaje al Océano del Norte*, t. II, p. 53, 28 y 29.

(2) *Gaceta ministerial danesa*, 1803, núms. 15 y 16.

(3) Parece tambien que en cierta época la deportacion, con el nombre de destierro, era la pena ordinaria en China.

«Cinco especies de destierro fueron inventadas por Chum, y correspondian á las cinco clases de suplicios admitidos ántes de él. Estas cinco clases de destierro tenían lugar en cinco distritos diferentes.

»El látigo era el castigo de los mandarines, pero podían librarse de él con dinero.

»Bajo el reinado de Yao, se dice que no habia suplicios y que tampoco eran necesarios.

»El destierro tenía lugar cuando el delito no podía ser perfectamente probado ó cuando las circunstancias disminuían su malicia ó su gravedad.»

(*Memorias sobre los Chinos,* t. I, p. 179).

CAPITULO XXIII.

DE LAS PENAS PECUNIARIAS

SUMARIO.

1. Ventajas é inconvenientes de esta clase de penas.—2. Distincion entre las penas pecuniarias y las reparaciones civiles.—3. Otra distincion usada en nuestro antiguo derecho.—4. Motivo de caridad alegado otras veces para la confiscacion.—5. Penas pecuniarias usadas en la antigüedad, en la India, en Persia, en Egipto, en Grecia, en Roma, entre los Germanos, entre los demás bárbaros, y en los tiempos modernos, en todas partes.—6. Confusion de la composicion y de la pena.—7. Una palabra más sobre la composicion.—8. Es usada entre los Chinos.—9. Diversas clases de composicion entre los Francos.—10. Abusos de los jueces señoriales en este punto.—11. Carácter odioso de la confiscacion. —12. Su abolicion.—13. Las mismas penas pecuniarias deben ser personales en cuanto sea posible.—14. Reflexion sobre este punto.—15. *Quid* si el culpable no se halla en estado de pagar.

Las penas pecuniarias tienen muchas ventajas: son divisibles á voluntad, se convierten inmediatamente en provecho, son remisibles, susceptibles de cierta igualdad proporcionada á la fortuna del condenado y análogas para los casos de delitos contra las propiedades. Pero tienen el inconveniente de no ser análogas sino para los delitos de esta naturaleza y de alcanzar á los miembros inocentes de la familia del condenado, á su mujer, á sus hijos, á sus herederos, y sobre todo, el de ser absolutamente inaplicables á los malhechores que no poseen nada.

Es necesario distinguir bien las penas pecuniarias propiamente dichas de las indemnizaciones y los daños y perjuicios que son reparaciones civiles. Sólo las penas pueden ser proporcionadas á la fortuna del culpable (1), al

(1) O mejor á sus ingresos. Esta base es de una aplicacion difícil; pero compréndese bien que no puede serlo sino bajo el punto de vista aproximativo. No sería más fácil regular las multas teniendo en cuenta la fortuna de los culpables, puesto que ésta no se conocía mejor que sus ingresos, y ademas se castigaría más fuertemente á los miembros inocentes de sus familias Es necesario en tal asunto dejar bastante am-

mismo tiempo que á la gravedad del delito: los daños y perjuicios y las indemnizaciones ó costas (como se decía antiguamente), tienen una medida absoluta y es el beneficio legítimo que el delito ha impedido hacer, y la lesion positiva ó la pérdida que ha ocasionado *(lucrum cessans damnum emergens).*

En Francia se distinguia tambien otras veces y con razon entre la reparacion civil y los intereses civiles; el ser condenado á la reparacion civil como consecuencia de un crímen, llevaba siempre consigo la infamia de hecho: los intereses civiles á los que pueden reducirse cuando no haya dolo, pero cuando sólo hay falta, no llevan consigo la infamia. La confiscacion, la multa (1) y la limosna á título de pena (2), eran consideradas infamantes, de derecho.

Hoy la confiscacion general y la limosna á título de pena no son tampoco admitidas en el Código penal francés (3), siendo la multa y las costas las únicas penas pecuniarias que reconoce, porque las restituciones civiles no son penas propiamente hablando, puesto que sólo consisten en la reparacion del perjuicio material ocasionado.

Las penas pecuniarias han estado en vigor entre los Indios, los Egipcios, los Persas, los Judíos, los Griegos, los Romanos, los Germanos, los Bárbaros, los Chinos, y en una palabra, en todas partes.

---

plitud al poder discrecional del juez, de cuya arbitrariedad hay que temer ménos que de la inflexibilidad de una ley demasiado precisa.

(1) Siempre, al ménos que provenía de una causa infamante por su naturaleza, que era pronunciada á consecuencia de una instruccion extraordinaria ó en provecho del rey. Seguíase, dándole más extension en cuanto á las especies, el derecho romano en las dos primeras condiciones: «Non muleta, sed causa infamiam irrogat.. Non alia autem notatur quam de qua pronuntiatum est.» (L. 4, § 4, D., *De his qui not. inf.*; *ibid.*, l. 19).

(2) O á título de restitucion indeterminada en el caso de usura, de malversacion, etc.

(3) Segun una ordenanza de 1364, la confiscacion era de derecho comun siempre que había condena de muerte, mutilacion ó destierro. La ciudad de Carcasona fué exceptuada de esta prescripcion, excepto para los casos de lesa-majestad.

Muchas ordenanzas sucesivas (1411, 10 de Octubre, 17 Febrero; 1413, 2 de Marzo; 1418, 18 de Agosto; 1420, 9 de Abril; 1477, 14 de Marzo), decidieron que los acreedores del condenado fuesen satisfechos primero con sus bienes y que sólo el exceso se confiscara: en efecto, no hay bienes propios *nisi deducto œre alieno*. Solamente se olvidaba que los hijos son tambien acreedores.—Los bienes de los criminales de lesa-majestad, fueron confiscados por la ordenanza de Villers-Cotteres, 1531, art. 1.

La multa juega un importantísimo papel en el sistema penal indio; y se impone al mismo rey, al poder ejecutivo, una especie de obligacion de no renunciar á ella: «Al tomar lo que no debe tomar y al rehusar lo que le corresponde de derecho, el rey prueba debilidad y se halla perdido en este mundo y en el otro» (1).

En Egipto, la multa expiaba la muerte involuntaria de un animal. La confiscacion fué frecuentemente usada por Amasis (2).

Las leyes de Zoroastro no imponían la confiscacion, pero señalaban multas que podían absorber la fortuna del condenado (3). Por lo demás, esto es lo que puede suceder en todas partes; pero el legislador debe tomar en consideracion la fortuna media cuando determina una cifra de esta naturaleza. Lo mejor sería quizá, como ha propuesto un publicista distinguido de nuestros dias, establecer un *máximum* en la ley, dejando al juez la facultdad de elevarle ó de rebajarle al nivel del más pequeño daño ó de las más modestas facultades del delincuente (4).

Entre los Judíos la excomunion mayor llevaba consigo la pérdida de los bienes (5): quemábanse algunas veces los muebles del condenado, confiscándole con frecuencia sus bienes en provecho de los sacerdotes (6). La confiscacion era asimismo una consecuencia de la pena de muerte cuando era pronunciada por el rey (7), el cual podía ordenarla tambien como pena principal (8). Esta pena parece, sin embargo, poco conforme con la ley mosáica que aspira á la fijeza de las herencias en las familias.

La condena pecuniaria pronunciada en favor de los ministros del culto, ó más bien de las necesidades del templo y de sus sacerdotes, puede ser considerada como una conmutacion de la pena impuesta á la falta cometida; siempre que no había lugar á un suplicio capital, se permutaba la

---

(1) *Leyes de Manú*, VIII. 171.
(2) Diodoro de Sicilia y Herodoto, II.
(3) *Vendidad-Sadé*, farg, 4, p. 295. Cf. Pastoret, *Zor.*, *Conf.* y *Mah.*, etc., p. 181.
(4) V. *Sistema penal*, por M. Lúcas, p. 394.
(5) *Números.*, XXI, 2; I. *Reg.*, XV, 3.
(6) *Levit.*, XXVII, 21, 28; *Números.*, XVIII, 14; *Esdr.*, X, 7, 8.
(7) Maimon., *de Regib.*, IV, 9; Mikotzi, *Præcept. affirm.*, CXIV.
(8) II, *Reg.*, IX, XIX.

pena por un sacrificio, un trabajo en el templo ú ofrendas al Señor (1).

Las leyes de Atenas establecían que ántes de todo debate, el acusador y el acusado consignasen una suma, destinada á aquel de los dos que ganase el pleito, y condenaban ademas al acusador á una multa de 1.000 dracmas si no había en su favor, la quinta parte de losvotos,por lo ménos (2). Bajo la república, y quizá ya bajo la monarquía, las leyes romanas imponían penas pecuniarias á quien cortaba con mala intencion los árboles de su vecino, á quien conservaba infielmente la cosa por él recibida en depósito, al que robaba en pleno dia, y al que prestaba á un interés exorbitante ó había administrado mal los bienes de un menor.

Sábese de qué manera un emperador romano se jactaba de acuñar moneda. Antes de los emperadores, la confiscacion era ya un medio de enriquecer á sus amigos políticos, debilitando al partido contrario (3); pero Justiniano comprendió que las familias condenadas no debían ser despojadas en provecho del Tesoro público, y sólo conservó la confiscacion para los crímenes de lesa-majestad (4): esto era demasiado todavía, y, sin embargo, tal estado de cosas duró hasta el siglo XIX en casi todos los países civilizados. El derecho canónico no debía ser una excepcion en este odioso sistema de penalidad (5). Bien se comprende que la multa no podía ser admitida por una legislacion que se apropiaba los bienes del indivíduo por medidas más violentas todavía (6). Aunque las penas pecuniarias se disfracen con el título de limosnas, de obras pías, etc. (7), no por eso dejan de estar fuera de una jurisdiccion puramente espiritual.

---

(1) *Levit.*, IV, V.

(2) Demóstenes *in Mid.* La multa puede duplicarse si no se paga íntegra en un plazo determinado.

(3) V. D. (XLIX, 14) y Cod. (X, 1), *De jure fisci.*

(4) Nov., 134, c. 13.

(5) C. *Cum secundum leges*, 19, *De hæret.*, in 6; C. *Excommunicamus, De sentent, Excommunicat*; C. *Ita quorundam*; C. *Ad liberandam, De Judæis.*

(6) C. *In Archiepiscopatu, De raptor;* C. 2, *De maledec.;* C. *Postulasti. De Judæis*, etc.

(7) *Instituciones de derecho eclesiástico*, por Fleury, t. I, página 171.

En Francia, desde el siglo XVI (Agosto 1539, Agosto 1670, Abril 1695), no se permitía ya á las curias condenar á multa en su nombre propio, ni á la confiscacion bajo ningun pretexto (1).

¿Puede fijarse igualmente el orígen de la multa en el uso de la composicion? Este orígen parece tanto más incierto, cuanto que la multa aprovecha al príncipe, mientras que la composicion recaía en provecho de la parte civil. Es más natural ver en ella una pena establecida por el príncipe á consecuencia de la perturbacion del órden público, áun en los mismos delitos privados. El príncipe está encargado de velar por la conservacion de este órden, y el turbarle es ofender á la autoridad encargada de mantenerle; es ademas imponerle la obligacion de hacer gastos en los medios preventivos, los establecimientos correccionales, los gastos judiciales, etc., y por lo tanto, se le da el derecho de reclamar una indemnizacion á título de pena (2). Este orígen no excluye otro, el de la codicia del príncipe. La justicia es poco costosa entre los pueblos salvajes, y hay pueblos en que el jefe se hace pagar una multa por el delincuente, aunque no adjudique ninguna indemnizacion al lesionado.

Por otra parte, la composicion que se hallaba en uso entre los Germanos y los Bárbaros, entre los Judíos, los Persas, los Chinos, en todos los pueblos pobres y poco civilizados, en donde la autoridad no es bastante fuerte ó no se halla bastante penetrada de la extension de sus deberes para encargarse de castigar al culpable, la composicion, decimos, no era tanto una pena como una reparacion civil, y áun cuando hubiera sido una pena, no podría tampoco representar la multa, puesto que la pena ha correspondido en un principio exclusivamente al ofendido ó á su familia.

---

(1) Muy. de Vougl. *Instituciones de derecho criminal*, y D'Hericourt. *Leyes eclesiásticas*, p. 36. Pero el curial podía tambien condenar á prision perpétua ó temporal. Antiguamente condenaba á las galeras, al destierro, al tormento, á la picota, á la escala, á la argolla, á los azotes, á la marca por el hierro candente, á la correccion pública, *in figuris*, etc.

(2) Grimm, *ob. cit.*, se inclina á creer que la multa tiene su fundamento en la perturbacion de la paz pública. La opone á la multa privada ó satisfaccion que pone fin á la *fehde* (vendetta) y la llama multa pública, p. 648. Ewers considera la multa pública como una satisfaccion en caso de muerte, atendido que la gran familia, la nacion, se encuentra privada de uno de sus miembros. Es la reparacion hecha al jefe de la familia social.

Quizá se dirá que la autoridad civil, reservándose la pena, se ha apoderado por este medio de la composicion; pero esta observacion sería inexacta, puesto que, desde el momento en que la accion pública ha sido concebida y aplicada, la accion primitiva, única al principio, queda con el nombre de accion civil. La composicion, pues, no ha hecho más que cambiar de nombre y se ha convertido en reparacion civil.

La accion pública es la que podemos considerar relativamente nueva y con ella la multa. Antes de ella no había pena propiamente dicha: si el ofendido, ó su familia no podían ó no querían componerse con el culpable, sólo en este caso le castigaban ó le hacían castigar por la autoridad. Esta pena, satisfaciendo su necesidad de venganza, los indemnizaba bastante y no pedían reparaciones civiles. El mal que sufrían por la injuria se consideraba plenamente satisfecho. Precisamente porque no podían acumular la satisfaccion de la venganza y las ventajas de la indemnizacion, concluyeron por dar la preferencia á esta última, por la razon sin duda de que eran más sensibles al mal físico ó al material, que al moral, á la pérdida de sus bienes ó al placer de aumentarlos, que á la necesidad de vengar la ofensa.

Este sentimiento tiene á la vez un aspecto bueno y otro malo, puesto que tendía á dulcificar las costumbres, á la extincion de los ódios; pero ponía el dinero por encima del honor, de la vida y áun de una especie de deber. Bien considerado, sin embargo, era más favorable que contrario á las costumbres, porque si el deseo de lucro se despertaba con él, llegaba á ser por esto tanto más represivo.

Los que no aceptaban la composicion, acumulaban con frecuencia la venganza á las reparaciones civiles, y de aquí las enemistades individuales, las guerras de familia ó señoriales que no tenían fin. Era, por lo tanto, un gran bien que las partes contratasen entre sí ó que fuesen arregladas por un poder superior.

Por lo demás, esta costumbre de los pueblos primitivos (1) hállase aún en pleno vigor entre los Chinos, en don-

---

(1) Homero, *Iliada.*, XVIII, 497, describiendo el escudo de Aquiles, representa dos personajes que se disputan delante del juez el *Wehrgeld* ó precio de sangre.

Los Arabes tenían tambien su *Tair* ó vengador de la sangre, como los Hebreos tenían su *Goil*. La misma costumbre hay entre los Kurdos.

de todas las penas, excepto la del destierro y la de muerte (1), pueden redimirse por dinero, y áun las mujeres pueden tambien redimirse de igual manera de estas dos últimas (2).

Esta es una conmutacion de la pena, más útil sin duda para el Tesoro del imperio y para la humanidad misma, que para la justicia y la buena policía, porque es necesario decir que los funcionarios públicos, los *graduados* y los simples particulares pueden tambien escapar al destierro y áun á la muerte en muchos casos especiales (5).

Entre los Francos, la composicion ha sido unas veces contrariada y otras favorecida por el soberano. Childeberto quiso restringirla (4); Dagoberto renovó las antiguas disposiciones (5); Ludovico-Pio la prescribió por exigencia del clero en 822, y este ejemplo fué seguido por Cárlos el Calvo (6). El hombre libre que no podía pagar, era entregado al ofendido hasta que hubiera saldado con él su cuenta (7). Las composiciones, dice Pastoret, hállanse todavía en uso en muchas localidades, bajo los primeros reinados de la tercera raza (8).

Parecería, en vista de ciertas medidas legislativas, que la composicion no tenía lugar solamente entre las partes por razon de los intereses civiles, sino tambien entre el culpable y el magistrado encargado de la vindicta pública (9).

Es de creer que esto no fuera sino un grave abuso; pero de cualquier manera que sea, se había prohibido á los procuradores del rey, á los procuradores fiscales de las justicias señoriales, á los señores de estas mismas justicias para quienes eran las multas y las confiscaciones, que hiciesen ninguna composicion por los crímenes que se hallaban encargados de perseguir, so pena de ser privados, los señores de su jurisdiccion y los jueces de su car-

(1) Ménos acomodadas en esto que las antiguas leyes de Francia, que concedían á los magistrados la facultad de reemplazarla por multas (*Ordenanza* del 15 de Julio de 1456).
(2) *Código penal de la China*, t. 1, p. 13.
(3) *Ibid.*, p. 14.
(4) Baluze, t. I, p. 30.
(5) *Ibid.*, p. 18.
(6) *Ibid.*, p. 627, 628 y 766.
(7) *Ibid.*, p. 549.
(8) *Leyes penales*, 2.ª parte, p. 142.
(9) Meyer; *Instituciones judiciales*, IV, c. 14, p. 319-399.

go (1). Un decreto del Parlamento de Besançon del 6 de Setiembre de 1718 prohibió expresamente á todos los oficiales de las bailías de su jurisdiccion entrar directa ó indirectamente en las transacciones que se hicieran sobre una acusacion, so pena de un castigo ejemplar (2). La confiscacion, pena pecuniaria la más abusiva, era en general desconocida en los países de derecho escrito, y no era admitida por los fueros del Berri, de Bolonia, de la Turena, del Laudonois, de la Rochela, del Angumois, de Calais, de Lille, de Tournay, de Cambray, de Bayona, de Saint-Sever: los fueros de Normandía, Bretaña, Anjou, Maine, Poitou, Ponthieu y del Perche, sólo la admitían respecto de los muebles (3). La confiscacion por el crimen de lesa-majestad y algunos otros se ejercía en provecho del rey sobre los muebles y los inmuebles (4) áun en perjuicio mismo de los acreedores del condenado, y en los demás casos, el rey sólo se aprovechabade la confiscacion de los bienes muebles, y el señor se apoderaba de los inmuebles, salvo los derechos de los a creedores (5).

La confiscacion es tan odiosa, porque alcanza á los inocentes más aún que al culpable, porque destruye las riquezas con perjuicio del país y con un motivo casi siempre codicioso. El fisco pierde su consideracion, dando á conocer que explota el infortunio de los particulares y que se enriquece en razon de la multiplicidad de los crímenes. Los monarcas más absolutos se han visto á veces afrentados por esto (6).

No hay motivo ninguno para aplaudir la abolicion de este género de pena. Aun quedan la multa y los gastos, puesto que las indemnizaciones y los daños y perjuicios no

---

(1) *Orden*, de 1356, art. 2; *Declar.* del 13 de Agosto de 1371; *Ord.* de 1535, 13, art. 51; *Declar.* de 1554, art. 26.

(2) *Coleccion de edictos y ordenanzas* de aquel Parlamento. Véase tambien el fuero de Senlis.

(3) Bretonnier, en sus *Cuestiones de derecho,* V. *Confiscacion.*

(4) El rey lo toma todo, dice Loysel, *Institut. coutum.*, l. VI, t. II, max. 20 y 21.

(5) La ley romana reservaba ya estos derechos: *Pœnis fiscalibus creditores prœponuntur* (L. 7, D., *De jure fisci*).

(6) La confiscacion en provecho de la Corona, en Rusia, había sido abolida en 1785 y en 1802; pero los decretos de 1809, 1810 y 1820 la han restablecido para los inmuebles contra los nobles de las provincias limítrofes, que durante una insurreccion, se retirasen sin autorizacion al extranjero.

son penas, propiamente hablando. Ya hemos hablado de la multa, en la que debieran convertirse los gastos en cuanto fuera posible, siendo por este medio más soportables por parte de quien fuera condenado á ellos. Es un gran mal que la justicia criminal y civil sea tan costosa, porque, por una parte, la pena es por ello agravada, y por otra, llega á ser casi imposible al pobre hacer que se le administre justicia sin exponerse á una ruina casi segura. Si la justicia debe pagarse en parte por los que reclaman sus servicios ó los hacen necesarios, sería menester hacer lo ménos onerosa posible una carga tan contraria al espíritu de liberalidad y de desinterés con que la sociedad debe cumplir uno de sus primeros deberes para con sus miembros. ¿Qué decir de una legislacion ó de una jurisprudencia que hiciera pesar los gastos del procedimiento sobre la parte civil que ganase el pleito ó sobre el procesado que fuere absuelto? (1). Pero yo no tengo para qué ocuparme de esta cuestion.

Las penas pecuniarias, áun las mismas reparaciones de intereses civiles, deben, en cuanto sea posible, ser personales (2). Así pues, cuando el condenado no se ha enriquecido por su delito, la pena pecuniaria que se le impone parece que no debe pesar sobre sus herederos, principalmente sobre los directos. Puede decirse, sin embargo, que si hubiera vivido, la condena habría tenido sus consecuencias y la sucesion futura á que alcanzara se hallaría siempre disminuida; pero esta razon sólo tiene una fuerza aparente. El condenado padre de familia que sobrevive á su condenacion, existe para su mujer y sus hijos, y por punto general, puede serles útil todavía; cuando, por el contrario, muere, su familia pierde su apoyo. Me atrevería, por lo tanto, á ser de diferente opinion que Merlin y Cambaceres respecto al exámen de esta cuestion (9).

Cuando se trata de la reparacion de un daño causado, aunque el delincuente no se haya enriquecido por él, con-

(1) *Procesos verbales del Consejo de Estado*, sesion del 31 de Mayo de 1808; Locré, t. XXV, p. 118:

(2) La solidaridad existía con mayor razon para la multa en los pueblos que la admitian para la imputabilidad y las penas aflictivas, por ejemplo, entre los Anglo-Sajones y otros bárbaros divididos en grupos ó unidades domésticas ó civiles, propias para facilitar la accion de la policía y de la justicia. Ya hemos reconocido esta solidaridad. V. Du Boys, *ob. cit.*, p. 157-182.

(3) *Teoría del Código penal*, t. I, p. 225 y siguientes.

tráese una obligacion por el hecho del delito ó cuasi delito, y esta obligacion es una verdadera carga sobre sus bienes: su sucesion no tiene, pues, el valor líquido, sino en la proporcion de lo que queda despues del pago íntegro de las cargas, *deducto œre alieno.*

Debemos decir, sin embargo, que habría severidad y áun dureza en hacer pesar minuciosamente sobre un hombre pobre todas las consecuencias pecuniarias que resultan de un cuasi-delito sobrevenido de su accion en perjuicio de un particular opulento. En este caso, el juez debe procurar conciliar la justicia con la humanidad, conciliacion que sólo es de justicia y de equidad.

Si no se ha sufrido la pena pecuniaria es, ó por impotencia ó por mala voluntad de parte del condenado. Si la ley careciese de medios para vencer esta resistencia ó para reemplazar una pena por otra, habría en ello impunidad: estos medios son naturalmente un trabajo obligado que aprovecha al Estado ó á la parte civil hasta el pago íntegro de la multa ó de los daños y perjuicios; pero podría suceder que un condenado ó un deudor se convirtiesen así en esclavos de la pena y que su trabajo y su libertad quedasen indefinidamente enajenados. En esto no habría sino un hecho estrictamente justo, principalmente respecto al condenado ó al deudor de mala fé. Pero como la esclavitud es antipática á nuestras ideas y á nuestras costumbres, las leyes modernas, y singularmente la ley francesa, son doblemente indulgentes en tales casos, puesto que no obligan á trabajar al detenido por deudas, y en general limitan el tiempo de la prision. Pasado este tiempo, el detenido es puesto en libertad, haya ó no satisfecho la multa ó la deuda, sea ó no insolvente, haya ó no dado caucion. El acreedor pobre no puede tampoco alimentar á su deudor en una cárcel; de suerte, que la pena por no ser demasiado dura, llega con frecuencia á ser nula.

CAPITULO XXIV.

DE LAS PENAS INFAMANTES Y MORALES.—DE LA MUERTE CIVIL.

SUMARIO.

1. Penas infamantes propiamente dichas.—2. La infamia no puede alcanzar al hombre sin honor.—3. Necesidad de unir á la infamia efectos que sólo puedan constituir una penalidad, áun sin lesion moral.—4. Sus principales efectos.—Su divisibilidad.—5. La muerte civil.—Exámen de algunos de sus efectos generalmente admitidos.—6. Otras penas morales.—7. Muchas han sido abolidas. De la exposicion.—8. Dificultad de aplicar las penas puramente morales.—9. Han sido impuestas en casi todos los pueblos.—Entre los Judios,—en Grecia,—etc.—10. Penas morales con motivo de la religion.

Hemos dicho que toda pena lleva consigo, por punto general, cierto grado de desestimacion pública para el que la sufre, y bajo este concepto las penas infamantes no forman una clase separada.

Pero es necesario distinguir la pérdida de la estimacion pública, de la pérdida de ciertos derechos en el órden moral. Toda pena es esencialmente la reduccion de nuestros derechos, y los derechos de la ciudad y los de la sociedad en general, aquéllos que se refieren á los lazos de la familia, pueden ser arrebatados cuantas veces su ejercicio llegue á ser peligroso para la ciudad, para las relaciones sociales, para la familia y en la medida misma de este peligro. Pueden ser tambien negados por el legislador, siempre que esta pena, sin ser propia para perjudicar á la persona, pueda hacer sufrir el amor propio de aquel á quien se impone, reduciendo al nivel de sus méritos la consideracion pública.

El que no goza de ninguna estima, no puede, en realidad, perder nada bajo este punto de vista, principalmente si lo sabe: los que, por el contrario, son muy considerados y tienen en algo esta consideracion, pueden perder más que la vida. Pero el que se estima, el que aprecia su buen nombre, está ménos en peligro de caer que aquél que no conoce el pre-

cio de esta estimacion ó la desprecia; y las penas infamantes, inútiles para éste, serían con frecuencia muy severas para aquél, y obrarían precisamente en razon inversa de como deberían obrar. Cuanto mayor sea la abyeccion, ménos dolor causará la lesion moral; y por el contrario, cuanto menor sea la degradacion, el oprobio será más sensible. Y como el legislador, el juez mismo no pueden apreciar la degradacion á que ha descendido realmente un culpable, debe dejarse la estimacion á ese otro tribunal cuyas sentencias son tambien vagas, al de la opinion pública.

El legislador y el juez deben, pues, atenerse á algun bien moral, á algun derecho más cierto, más positivo y más fijo, principalmente cuando privando del ejercicio de este derecho, se previene un nuevo abuso. Entónces la pena tendrá al ménos el mérito de la analogía y podrá más fácilmente tener aún otro, el de la justa medida. Puede suceder, sin duda, que el ejercicio de estos derechos sea poco estimado por quien ha usado mal de ellos; pero si al abuso que se ha hecho se une otra clase de delito positivo, es claro que una pena particular y principal debe aplicarse á este delito, y que la interdiccion de que se trata no es ya sino accesoria y una justa garantía para el porvenir; garantía suficientemente motivada, por lo demás, por el abuso del derecho cuyo ejercicio se ha suspendido.

Las principales penas de este género, pueden ser: la destitucion ó la exclusion de toda funcion pública; la privacion del derecho de sufragio, del de eleccion, de elegibilidad, del derecho de llevar alguna condecoracion; la incapacidad de ser jurado, de ser testigo en los actos auténticos, de deponer en justicia con las formas solemnes que suponen el honor y la veracidad (1), de no ser admisible de derecho sino excepcionalmente y si hay presunta utilidad, en un consejo de familia y en las funciones de tutor, curador y tutor subrogado, la privacion del derecho de llevar armas, la exclusion facultativa del derecho de formar parte de la guardia nacional, de servir en los ejércitos, pero á condicion, en tal caso, de buscar un sustituto por su cuenta, y en caso de imposibilidad, de ser empleado en trabajos de utilidad públi-

---

(1) Benthan ha hecho notar en su *Teoría de las penas*, etc., página 440-454, el grave inconveniente que lleva consigo la incapacidad legal de deponer en justicia ó de servir de testigo en los actos solemnes.

ca que representen el servicio que el condenado se ha puesto en la imposibilidad moral de cumplir.

Estas diferentes penas pueden ser aplicadas separadas ó juntas, principal ó accesoriamente, segun las circunstancias. La privacion de los derechos políticos no entraña por necesidad la de los derechos civiles, como la de los derechos civiles, no entraña la de los derechos de familia, y recíprocamente.

La muerte civil es otra especie de pena del mismo género, que príva ademas al condenado de un gran número de otros derechos civiles (1): en el derecho francés lleva consigo la pérdida de los bienes poseidos, la incapacidad de recibir ninguna herencia, de trasmitir á este título los bienes que el acusado hubiera adquirido despues de su condena; la incapacidad de disponer de sus bienes en todo ó en parte, ya por donacion entre vivos, ya por testamento: la incapacidad de recibir á este título, excepto por causa de alimentos; la de proceder en justicia en nombre propio; la de casarse ó continuar gozando civilmente los efectos de un matrimonio anterior (Art. 25 del Código civil).

La muerte civil, que tomada del derecho romano, *mors civilis œquiparatur naturali* (2) ya está juzgada. Imputásele entre otros defectos el de faltar á la justicia, á la moralidad y á la humanidad, quebrantando los lazos considerados como indisolubles por muchas legislaciones, los lazos del matrimonio. Si el art. 25 hubiera sido consecuente, el cónyuge habría tenido la facultad de casarse de nuevo, pero no la tenía: si vivían con el condenado los frutos de su union, no eran legítimos, y ademas no podían heredar de su padre muerto civilmente. La confiscacion existía, pues, en perjuicio suyo, hallándose tan mal parados esos hijos legítimos de hecho, como los hijos naturales ordinarios, que pueden ser, ó legitimados por matrimonio subsiguiente, ó adoptados, ó recibir por donacion entre vivos ó por testamento, los bienes de su padre y de su madre. Aún hay más; el matrimonio es de derecho natural, y el legislador habría traspasado el límite de sus derechos pretendiendo ya des-

---

(1) Esto estaba escrito ántes de la supresion de la muerte civil en nuestras leyes. Lo dejamos subsistente como expresion de nuestra opinion en apoyo de una reforma tan necesaria.

(2) L. *Relegati*, D., *De pœnis*.

truirlo, ya impedirlo. La ordenanza de 1670 había sido más prudente, puesto que reconocía al muerto civilmente la facultad de casarse, teniendo en cuenta que la union del hombre y de la mujer es más bien de derecho de gentes que de derecho civil (1); pero esta clase de matrimonios no tenían efectos civiles (2).

Ser paseado por las calles sobre un asno con un sombrero de paja, asistir á la horca, ser censurado ó reprendido solemnemente, ser condenado á multa, ser privado de un oficio, de un beneficio ó de privilegios, ser condenado á limpiar las cloacas so pena de arrojarle los muebles por la ventana, la supresion de libelos y de obras, ó el romperlos, ó él quemarlos por mano del verdugo; tales eran las penas infamantes propiamente dichas, usadas en otros tiempos en Francia (3).

La amonestacion, la interdiccion ó la suspension de los oficios, la condena á quemar un cirio delante de un altar, á no frecuentar ciertos lugares, la limosna, la pena del duplo, del triple, la privacion de las temporalidades en los eclesiásticos, la prision, la pena del talion por haber calumniado, el decreto de citacion personal, el arresto, la más ámplia informacion, todas estas penas no eran consideradas infamantes (4).

El destierro perpétuo fuera del reino, la execracion de la memoria y el ser arrastrado despues de muerto, formaban parte de las penas capitales. La argolla y la picota eran consideradas como penas aflictivas corporales, mientras que las galeras por tiempo determinado, la reclusion en una casa de fuerza, la reclusion de la mujer en un monasterio despues de haber sido azotada por causa de adulterio, la multa de honor, el destierro temporal, el confinamiento, las

---

(1) Muyart de Vougl., p. 76 y siguientes.

(2) Los hijos no podían suceder á sus padres (*Declaracion* del 26 de Noviembre de 1639, art. 5 y 6). *El Fuero de Normandía*, art. 277, encierra una disposicion contraria.—Véase para los vicios inherentes á la muerte civil á Boitard, p. 87-96. Esta pena ha sido justamente abolida por el legislador francés en 1855. Bélgica ha suprimido en su Código la muerte civil en 1849. M. Molinier ha publicado en 1850 en la *Revista de derecho francés y extranjero*, p. 370-391, 480, 503, dos excelentes artículos sobre la cuestion, Puede verse un artículo de M. Cauvet en la *Revista de legislacion y jurisprudencia*, 1849.

(3) Jousse, I, p. 68-76.

(4) *Ibid.*, I,, p. 76-84.

obras serviles, la degradacion de la nobleza, pertenecían á las penas aflictivas no corporales (1).

De todas las penas infamantes que tienen por fin propio el confundir al que las sufre públicamente, la exposicion ha sido la última que ha desaparecido de nuestro Código penal (2). La argolla, esa otra pena bárbara que consiste en tener encadenado á un hombre como á un animal feroz, y en presentarle al público en ese estado de humillacion, había desaparecido ya de nuestra legislacion despues de introducirse *la picota* (3), etc., etc. La exposicion pública se mantenía todavía, y sin embargo, los malhechores que eran condenados á ella, se hallaban poco afectados, y los que primero la soportaban más difícilmente, podían acostumbrarse á ella áun cuando se hallaran afectados. El público se habituaba á estos espectáculos, y los que podían aprovecharse de ellos, sólo encontraban leeciones de impudencia y de cinismo que se proponían repetir un día con desenfado, si la suerte les obligaba á ello. El populacho á quien interesan estos espectáculos, mostraba en general disposiciones poco favorables, é insultaba la posicion de los condenados con una alegría inhumana ó con una curiosidad injuriosa, más propia para sublevar al paciente y para provocar su despecho ó sus sarcasmos, que para humillarle haciéndole volver sobre sí mismo.

Nada más delicado de aplicar que las penas puramente infamantes: sería necesario humillar al culpable sin sublevarle ni pervertirle, sin deshonrarle para siempre y sin hacer de él el juguete del populacho; sería necesario que el pueblo encontrase en ellas un motivo de reflexion, antes que una ocasion de divertirse cruelmente ó de indignarse contra un malhechor ó de compadecerle hasta el punto de odiar la pena que le aflige.

Y sin embargo, las penas de este género han sido aplicadas casi en todas partes: el honor convencional es tan antiguo como la vanidad. Entre los Judios no se privaba

---

(1) *Ibid.*, p. 42-68.

(2) Un decreto del 12-24 de Abril de 1848 y la ley del 2 de Enero de 1850, han borrado los últimos vestigios de la exposicion.—V. Boitard, p. 101-105.

(3) Así llamada de la auténtica *sed hodie adultera*, etc. (L. 30. Cod., *Ad. leg. jul. de adult.*)

ordinariamente á los condenados de sepultura (1), pero no se les depositaba tampoco en el sepulcro de sus padres, siéndoles destinadas dos tumbas particulares; en una de ellas se enterraba á los que habían muerto por el fuego ó la lapidacion, y en la otra á los que morían por la cuchilla ó la cuerda. La exclusion de la sepultura paterna fué absoluta para los culpables apedreados; mas respecto de los otros, se entregaba el cuerpo á la familia cuando lo reclamaba (2), y á veces se colgaban en un lugar público las manos del homicida (3).

Esta mutilacion sólo se practicaba con los culpables ya muertos, excepto en el caso del talion (4). Adonibezec, al cual se cortaron las manos y los piés, no era un culpable condenado, sino un enemigo vencido (5), que había tratado de la misma manera á setenta reyes (6).

En Grecia, la infamia ἀτιμία tenía tres grados: en el primero, el condenado, sin perder el goce de sus bienes, era privado de algunos de sus derechos de ciudadanía; el segundo llevaba consigo la interdiccion temporal de los derechos de ciudad y la confiscacion de los bienes; en el tercero se imponía al condenado la absoluta interdiccion de los derechos civiles y religiosos, pena que alcanzaba á toda su posteridad (7). Las faltas al honor militar se castigaban especialmente por la infamia (8).

Independientemente de la ignominia unida á ciertas sentencias de los censores, los Romanos tenían tambien la infamia resultante de la ley ó de la sentencia del pretor, y los condenados podían perder hasta la libertad, como en la *maxima capitis-diminutio* (9). Había ademas notas de infamia

---

(1) *Levit.*, X, 4; *Números*, XI, 34; IV, *Reg.*, IX, 35.

(2) *Misna*, IV, p. 236; Selden, de *Synedr.*, II, 13. § 4; Leidekker, XII, 10, p. 694.

(3) II, *Reg.*, IV, 12.

(4) *Exod.*, XXI, 24 y 25; *Lev.*, XXIX, 19, 20; *Deuter.*, XIX, 21; Josué, IV, 8, § 33-35.

(5) *Juec.*, 1-7.

(6) Véase relativamente á todo lo que precede, *Deuter.*, XXXII, 24; III, *Reg.* XIII, 22; XIV, 11; *Jerem.*, XXII, 19; VIII, 6; XXXIV, 20; XXXVI, 30; II *Mash.*, v. 10; Nicolai, *De sepulcr. Hebr.*, p. 107; II, *Paralip.*, XXI, 19; XXIV, 25; XXVIII, 27; Josué, IX, 5, § 5; 8, § 2.

(7) Andocid., *de Myster.; Schol.*, *in Aristoph. Ran.*; Plutarch., *in Lysand.*

(8) Herm. Schelling, *de Solonis legibus apud orat. atlic.* Berol., 1842, p. 57-59.

(9) L. 6, § 2; c. 8, D., *De pœnis.*

unidas á ciertos estados ó á ciertos delitos (1). La infamia sólo era inherente á los delitos públicos y á los delitos privados, que eran asimilados bajo este punto de vista á los públicos (2). La fustigacion no lleva consigo por sí misma la marca (3).

Las penas infamantes, ó más bien grotescas, eran numerosas y variadas en la Edad Media, y á ellas recurrían tambien regularmente la disciplina religiosa y la civil (4).

Los pueblos modernos más celosos de la dignidad humana, han sido ménos pródigos de estas penas, propias tan sólo para divertir al populacho.

Un género de penas morales que se hallan en algunas teocracias ó en los pueblos que tienen religiones de Estado, son aquellas que revisten un carácter religioso ó áun simples amenazas de penas reservadas á los malvados en la vida futura: las reprensiones públicas en las iglesias pertenecían á la primera especie. Huellas de la segunda hallamos en las leyes de Zoroastro y de Manú: áun para el legislador persa, la duracion de los castigos de la vida futura, es la que sirve debase para determinar la duracion de las penas temporales; y así, un culpable recibe tantos azotes, cuantos años debe pasar en el infierno; setecientos años de infierno, setecientos azotes por consecuencia debía sufrir el que faltara á su promesa respecto á los animales domésticos que han hecho servicios, ochocientos por negligencia grave respecto de ellos, y nuevecientos por faltar á un preceptor.

Otro sistema de penalidad más útil es dar al labrador utensilios aratorios, granos, tierras; á los soldados, armas, y á los sacerdotes con qué hacer sacrificios (5).

Las penas espirituales eran generalmente más suaves que las temporales y la penitencia sustituyó algunas veces á la misma pena, gracias á la confusion de los dos órdenes de jurisdiccion, de lo cual ya hemos visto ejemplos.

El antiguo uso de recurrir á las penitencias para sustraerse á la pena merecida, se halla en el derecho ruso, en el lituanio y en el montenegrino. Los parientes ó los padres que

---

(1) D., *De his qui infam. notantur.*
(2) L. 7, D., *De public. jud.*
(3) L. 22, D., *De his qui not. inf.*
(4) Michelet, *Origen del derecho francés*, p. 394-397.
(5) Pastoret, *Zoroastro, Confucio y Mahoma*, etc.

habían matado á su hijo á propio intento, debían, despues de haber sufrido año y medio de prision, presentarse ademas cuatro veces cada año ante la Iglesia, confesar sus pecados en presencia del pueblo reunido y prometer enmendarse.

El que montado á caballo había atropellado sin querer á una mujer embarazada y ocasionado un aborto, era sometido á una ceremonia análoga: no quedaba de pié á la puerta de la Iglesia, sino en la Iglesia misma, en un sitio elevado y preparado al efecto; pagaba ademas los daños y perjuicios, si por su falta la madre ó el niño morían. El missmo caso, previsto tambien por la ley rusa (1), es castigado por ella de otra manera.

---

(1) Macieiowski, *ob. cit.*, t. IV.

CAPITULO XXV.

CÓMO CONCLUYE LA PENA.

SUMARIO.

1. La pena concluye de ocho maneras. — 2. Reflexiones sobre cada una de ellas; la muerte,—la prescripcion,—la gracia,—el cumplimiento,—los asilos,—el beneficio de una ley nueva,—la transaccion,—la conmutacion. Estos dos últimos modos sólo la extinguen en parte.—3. Compensacion de la pena.

La pena concluye: 1.°, por la muerte del condenado; 2.°, por la prescripcion; 3.°, por el indulto; 4.°, por la ejecucion de la sentencia; 5.°, poniéndose bajo la proteccion de los asilos reservados á los condenados que consiguen refugiarse en ellos, lo que es una especie de gracia ó prescripcion; 6.°, por el beneficio de una ley aplicable á los condenados. Concluye tambien, pero de una manera relativa ó parcial solamente: 7.°, por la transaccion; 8.°, por la conmutacion.

Sin embargo, no siempre ha bastado la muerte para aplacar el resentimiento de los ofendidos ó de la sociédad, y más de una vez se ha ejercido una especie de venganza sobre los restos inanimados de un condenado ó de un acusado; pero esto es olvidar lo que la humanidad se debe á sí misma.

«Mortal, no guardes un ódio inmortal.»

La prescipcion de la pena por el destierro voluntario, es considerada justamente como un medio de ponerle fin, puesto que el destierro es una pena real: no es quizá toda la pena merecida, pero ya se sabe que el principio de humanidad no se halla desterrado de las leyes penales; y aquélla no es tampoco peligrosa ó inútil cuando no llega hasta la impunidad.

La gracia es un favor del príncipe que debe ser dispensada con prudencia y reserva, sin atentar ni á los derechos privados ni al órden público. En los Estados-Unidos es ejer-

cida en nombre del pueblo por el gobierno de cada Estado y por el presidente de la República respecto de las penas pronunciadas por los Tribunales de la Union.

El derecho de asilo era bueno para proteger al acusado en una época en que la justicia se hallaba sin fuerza y en que el pueblo y los particulares enseñaban sin informacion y sin medida contra los que creían culpables; pero el derecho de asilo concedido á los condenados en una sociedad donde la justicia se administra regularmente, es un grave abuso que proviene en general de la rivalidad de los poderes ó de las jurisdicciones, de ciertas prerogativas concedidas ó arrancadas inconsideradamente por el orgullo á un poder débil ó ciego. Podía resultar tambien de un sentimiento de humanidad mal entendido: tal fué, sin duda, el orígen de la prerogativa de los obispos de Orleans que tenían la facultad al tomar posesion de su silla de poner en libertad á cierto número de detenidos.

Es necesario distinguir ademas entre el derecho de asilo que pone al abrigo de las persecuciones ó las retarda para hacerlas más regulares, y el derecho de asilo que tiende á eludir la condena.

Nosotros no tenemos que hablar aquí del primero de estos derechos, pues pertenece al procedimiento criminal.

La transaccion que tiene lugar á satifaccion de la autoridad entre el condenado y la parte lesionada á la que debe aprovechar la pena física, es un arreglo en virtud del cual concluye una primera pena en totalidad ó en parte, segun que sea enteramente reemplazada por otra ó simplemente reducida.

La reparacion civil llega á ser así la única satisfaccion dada á la sociedad. La ley de los Burguiñones había reunido el derecho de asilo y el de la transaccion, y obligaba al criminal refugiado en un templo á librarse por una multa en las faltas ligeras, y en los crímenes capitales, por una composicion que regulaba la persona ofendida (1). En otra parte hemos hablado de la transaccion en la persecucion de los delitos ó del desistimiento (2), que no debe confundirse con la composicion de que aquí se trata.

---

(1) Tit. 70, 1, 2, 3, 4.
(2) Véase sobre esta cuestion, Ayrault, *Ord. formal, é instruct, judic.*, II, art. 4, § 83 y 84.

Es tambien una transaccion en la naturaleza y en la duracion de las penas, cuando el condenado á muerte, por ejemplo, consiente en prestarse á ciertas experiencias ó á operaciones peligrosas, á correr tal ó cual peligro más ó ménos grande, ó á prestar á la sociedad ó á los particulares servicios determinados á condicion de que se libre de la pena contra él dictada; pero suponiendo que no haya nada de inmoral en esta clase de arreglos entre el poder público y el condenado, es necesario tambien, para que sean irreprochables bajo el punto de vista de la justicia, que el condenado consienta libremente en esta especie de conmutacion.

Una pena sólo sería irremisible, cuando, segun hemos dicho, su remision perjudicase á terceras personas que no se hallaran dispuestas á perdonar.

Es decir, que el poder ejecutivo no tiene el derecho de ser generoso, si la impunidad ha de ceder en perjuicio de particulares determinados ó de la sociedad; pero puede y debe hacer gracia áun bajo el punto de vista del interés social, si este interés puede ganar más con el perdon que con la ejecucion de la sentencia condenatoria, sin que por ello sean lesionados los derechos de ningun particular.

La pena puede tambien conmutarse por una inferior si el culpable parece haber sido condenado demasiado severamente ó si se ha conciliado el interés de aquellos á quienes la pena interesa y que están en estado de conocerla bien.

Si la pena se disminuye por la primera de estas razones, sólo es un acto de justicia; si por la segunda, un favor; pero este favor merecido moralmente y en hipótesis nada cuesta á la persona.

Añadamos que el ser implacable no es propio del hombre, de la sociedad, ni del soberano; que es doblemente oneroso por el trabajo ménos productivo á que se consagra el detenido y por los gastos que origina á la sociedad. Tambien le es oneroso bajo otros puntos de vista, puesto que el hombre privado de las relaciones con los hombres honrados, aislado ó en relacion con los criminales, puede sufrir tanto en ese estado que pierda la salud del cuerpo y la del espíritu, la inteligencia, la moralidad y la misma vida.

Sólo puede detener en este camino de la clemencia una justa consideracion del órden público ó privado, es decir, las disposiciones mismas del condenado, cuando no pre-

senta las garantías necesarias para que se pueda al ménos impunemente usar de esta bondad para con él (1).

Pero, puesto que es este el gran obstáculo para la dulcificacion de la pena ó para la remision completa de lo que resta sufrir de ella, es necesario concluir de aquí, que la sociedad hace una obra prudente, útil y moral procurando por la manera como trata al condenado, de abrigar hácia él disposiciones que permitan usar de clemencia. Esta es una tendencia muy pronunciada hoy en las naciones más civilizadas.

En cuanto á la compensacion de la pena por los servicios prestados ó que se puedan razonablemente esperar de parte del delincuente, no debe entenderse por esto que debe escapar á la accion de la justicia y que no deba ser acusado, lo cual significaría la impunidad y un privilegio odioso.

Pero se pueden tener en cuenta estas circunstancias, ya para imponer una pena ménos severa, ya para dulcificar la pena impuesta, ya para conmutarla ó remitirla enteramente. De esta manera la justicia sigue su curso y el reconocimiento público tiene su efecto.

---

(1) La comision nombrada para proceder á la revision del Código penal de Bélgica, proponía igualmente la supresion de las penas perpétuas, principalmente por la consideracion que había tenido ya el Congreso de Francfort de que la prision individual, siendo más dura que la prision en comun, es justo que sea más corta; y si es más corta, deja de ser perpétua.

CAPITULO XXVI.

LO QUE HA SIDO LA PENA EN LAS DIFERENTES FASES SUCESIVAS DEL DERECHO CRIMINAL.

SUMARIO.

1. Importancia de la cuestion.—Comprende por sí sola la cuestion del progreso de la civilizacion, por el progreso del derecho criminal.—2. Cinco grandes períodos en la historia de este derecho. —3. Estos períodos tienen su transicion como todo aquello que es continuidad ó trasformacion insensible.—4. Comparaciones y reflexiones con este motivo.—5. Estos períodos forman realmente una progresion.—6. Corresponden perfectamente á los grandes rasgos característicos de las cinco fases de la civilizacion.

Esta cuestion es de la más alta importancia para la solucion del problema general de la marcha de la civilizacion, marcada por la marcha del derecho criminal, y bien resuelta, no deja duda sobre el progreso constante de la humanidad en una de sus manifestaciones más importantes.

La historia imparcial y extensa del derecho criminal da á conocer claramente al observador atento y juicioso cinco grandes fases en la manera cómo los hombres han concebido la relacion de los delitos y de las penas.

La primera es el reinado exclusivo de la venganza.

La segunda es caracterizada por una justicia ciega y severa; es el período del talion.

En la tercera, esta justicia rigurosa es templada por el interés; es el período de la composicion.

La cuarta, animada de un espíritu de justicia más ilustrado que en la segunda y ménos interesado que en la tercera, recibe su carácter de la analogía y de la proporcion.

Por último, en la quinta,—período que se halla en su aurora—los legisladores, más penetrados de sus miserias mútuas, más asequibles á la indulgencia y á la humanidad, templan la justicia por la caridad y se inclinan á no ver en el crímen sino una enfermedad moral, pero peligrosa para la sociedad, que es necesario curar por la secuestracion y el régimen.

Estos cinco períodos, muy distintos en su esencia, se relacionan, sin embargo, entre sí, hasta el punto de formar una progresion contínua, no habiendo laguna, ni revolucion profunda de un tiempo á otro. Por el contrario, la primera dura todavía cuando la segunda ha comenzado, y cuando aquélla ha terminado, ésta sola atrae las miradas del observador que se fija en sus hechos principales y característicos; pero un golpe de vista ménos extenso y más escudriñador sabrá distinguir las huellas manifiestas de un primer régimen y los gérmenes animados de una nueva era. Este hermoso dia tendrá en todos los momentos de su carrera, su crepúsculo y su aurora. Bastará para contemplar este fenómeno en tres momentos, tomarle desde muy alto para abarcarle en su conjunto: así, á cada instante de la revolucion de nuestro globo, un punto de su superficie entra en las tinieblas, cuando otro empieza á iluminarse, y cuando el tercero, que separa los dos primeros en distancia iguales, se halla iluminado por la más viva claridad.

Pero dejemos este lenguaje, que no nos es familiar, y volvamos al estilo llano y puro de la ciencia, el único prudente, justo y verdaderamente luminoso para los espíritus ejercitados en un pensamiento claro, firme y severo. Las imágenes que hieren é iluminan, por decirlo así, las inteligencias vulgares y carnales, ofuscan los espíritus más habituados á concebir y á juzgar que á ver y á sentir. Las claridades vivas y fulgurantes del estilo figurado que encantan la imaginacion del hombre más aficionado al lenguaje de los sentidos que al de la razon y al de la abstraccion, sólo son dificultades, tinieblas y oscuridades para la razon vigorosa y pura habituada á alimentarse solamente de ideas. Preferiré, sin embargo, probar el progreso de la civilizacion por el desarrollo sucesivo del pensamiento, por su depuracion, por su espiritualizacion cada vez mayor, por el abandono incesante de la parábola, del apólogo, del simbolismo en todas sus formas, por el abandono de la imágen por la idea, del mito por la realidad, de la figura por la cosa figurada, de la poesía por la ciencia, de la imaginacion por la razon, etc.

Pero no es este mi objeto. Esta observacion toma dimensiones que no consienten la lógica y el buen gusto; y si me inclino á hacerla, es ménos para excusar el asunto que para explicarle.

Muchas reflexiones podrían hacerse para cada uno de los cinco grandes períodos que marcan la escala del progreso recorrida por la legislacion criminal. Sería necesario, por lo tanto, decir cómo los períodos coinciden distinguiéndose; cómo, siendo sucesivos, son, sin embargo, contemporáneos; cómo, en fin, comparable á las dos mitades de un cuadrilátero rectángulo, dividido por una diagonal, un sistema penal se debilita en razon de la fuerza adquirida por el que le corresponde.

Pero, lo repito otra vez, dejemos ya las imágenes y las comparaciones: digamos solamente para justificar esta escursion tan extraña en apariencia á nuestro asunto, que sería fácil mostrar que los progresos de la justicia criminal concuerdan con los del lenguaje, como expresion cada vez más abstracta, sábia y pura del pensamiento humano: que la época de la venganza es la del lenguaje más material, más extrictamente limitado á los objetos sensibles, lenguaje en que cada palabra tiene, por decirlo así, un sentido visible y tangible; que el período del talion comienza á corresponder á aquel en que el término propio toma una acepcion figurada para expresar con palabras ya recibidas, ideas de un órden superior, para pasar de la idea de exactitud física á la idea de justicia, de la idea de derecho, de rectitud física, á la idea del derecho, de rectitud moral, y así sucesivamente.

No creo que sea necesario demostrar que los cinco períodos en que se divide la historia del derecho criminal, van en progresion de uno sobre otro: no puede dudarse de ello como tampoco de que la justicia, aun la más brutal, es superior al furor de la venganza, que la facultad de librarse de una pena desprendiéndose de un objeto material no sea una ventaja sobre la necesidad de sufrir dolores corporales, la mutilacion ó la muerte; que la apropiacion equitativa de la pena al delito no sea superior en dignidad y en eficacia moral á la venalidad de la pena misma, y en fin, que la huma nidad no pueda templar convenientemente la pena más justa y hacerla mucho más saludable para el paciente y más útil para la sociedad.

Puede preguntarse qué relaciones existen entre estos cinco períodos y el movimiento histórico de la humanidad, cuyas relaciones nos parecen tan verdaderas como sencillas. La venganza corresponde al estado salvaje; el talion repre-

senta más particularmente la antigua civilizacion de Oriente, que es áun una especie de barbarie; la composicion distingue principalmente la civilizacion germánica ó la barbarie occidental; la analogía y la proporcion en la pena, la justicia sistemática y prudente; pero únicamente la justicia caracteriza muy sensiblemente la civilizacion greco-romana, principio de la civilizacion moderna; y en fin, la justicia templada por la caridad y por esa indulgencia que resulta de un conocimiento más profundo del hombre, es el fruto de la influencia del cristianismo y de la filosofia, del sentimiento y de la reflexion modernas.

No habíamos pensado primeramente en esta correlacion, y sólo la primera série de caracteres se había presentado á nuestro espíritu; pero viendo que correspondía en todas sus partes á los grandes rasgos que forman la fisonomía de la historia universal de la humanidad, nos hemos confirmado en la persuasion de que habíamos estado acertados en la determinacion de los caracteres constitutivos del progreso en derecho criminal.

CAPITULO XXVII.

PRIMER PERÍODO.—LA VENGANZA.

SUMARIO.

1. Primera manifestacion de la justicia criminal: la venganza.—2. Es sancionada como un derecho por los primeros legisladores.—3. Es erigida en deber por el sentimiento de la familia, por la opinion, por la ley de sucesion.—4. Venganza de sangre: Moisés, los Arabes, Mahoma, los Abisinios, los Circasianos, los Asiáticos en general, los Griegos, los antiguos Rusos, los Eslavos en general, los Germanos, los Alemanes, los Salios, los Francos, los Escandinavos, los Anglo-Normandos.—5. Limitacion del derecho de venganza; limitacion en el tiempo, en el espacio, en las especies de delitos; en Inglaterra, en Francia, en España, en Escocia.—6. Pueblos contemporáneos que aún están sometidos á ella en Europa.

Aunque se haya sostenido que el indivíduo no tiene el derecho de castigar, que este derecho supone un superior jurídico, una sociedad, un poder civil ó doméstico al ménos, puede decirse, sin embargo, que la humanidad, tan propensa á la venganza, encuentra en este acto una especie de justicia, que es la justicia penal en su expresion primitiva más espontánea y más grosera (1).

Antes de haber sido reprimida por el legislador, ha sido regulada, protegida y reconocida como un derecho personal primero, doméstico despues y civil por último. Tal es el progreso.

El indivíduo ha comenzado por vengarse sin el permiso y sin el apoyo de nadie.

Se vengó luego con el auxilio de los suyos, de sus amigos y de su tríbu.

La familia del que sucumbió á los golpes de un asesino,

(1) Este derecho ha sido reconocido y sancionado por algunas leyes positivas, por la de los Frisones, por ejemplo.—V. tít. II, *Sobre los asesinos* y la adicion de Vulemar, *Sobre los robos*.—V. Montesquieu., *Espíritu de las leyes*, XXX, 19.

heredera de su sangre como de sus bienes, se ha creido heredera de su derecho de venganza, y la piedad filial la convirtió en deber, en un deber de honor, en un deber sagrado.

Los primeros legisladores, impotentes para protejer y para castigar, penetrados de la justicia del castigo, no han pensado en un principio mas que en favorecerle y sólo más tarde, en presencia de los excesos cometidos en nombre de ese derecho, han querido reprimirlos; y esto en la medida en que ellos mismos podían protejer la vida de los ciudadanos ó castigar á los asesinos. Cuanto más poderosos eran para prevenir ó para castigar los atentados contra las personas, mayor derecho han tenido á apoderarse de la venganza privada, á convertirla en venganza pública, hasta que la venganza privada, dejando de ser un derecho y áun un deber, se convirtió en un delito.

La ley mosaica supone esta costumbre y la describe, hallándose ya indicios de ella en el tiempo de los patriarcas (1). Estaba expresamente prohibido á los Hebreos aceptar una indemnizacion por la vida del asesino (2); al lado del pueblo judío es necerario colocar al pueblo árabe tan inmutable como él y que ha cambiado todavía ménos. Vemos que las más bellas y más sublimes poesías árabes hacen el elogio de la venganza de sangre, lo que prueba cuan en voga estuvo siempre en los pueblos antiguos. Los medios que debieran emplearse se dejaban á la disposicion del vengador y todos los ardides estaban permitidos, hasta el asesinato más hábilmente premeditado (3).

Si el matador sucumbía en otra empresa, la venganza se ejecutaba en su más próximo pariente; de manera que el ódio no podía carecer jamás de objeto, y se trasmitía indefinidamente miéntras que las familias enemigas no se extinguían por completo ó una de ellas al ménos (4), porque la venganza costaba ordinariamente la vida al que la ejercía y así sucesivamente (5).

---

(1) *Génesis,* XIV, XXVII, XLV.
(2) *Números*, XXXV, 31.
(3) V. *Schol.*, Taurizi, 16 poem. en los *excerpt. Hamas.*, edicion Albert. Schulten.
(4) Arvieux, *Costumbres de los Arabes-Beduinos*, p. 45, núm. 174 y siguientes. —V. Volney, *Viaje á Egipto*, etc., t. 1, p. 363; *Biblioteca de los viajeros*, por Sprengel, continuada por Ehrm., en aleman, parte XIII, 53, 603-604.
(5) V. la *Historia de Kais* en Taurizi, 16 poem. etc., cit. más arriba.

Mahoma no trató de abolir esta costumbre, sino únicamente de dulcificarla permitiendo al asesino librar su vida por una pena pecuniaria (1), lo que sucede frecuentemente entre los Persas. Sin embargo, los Arabes—Beduinos, no aceptan casi nunca la indemnizacion por temor de parecer que dan al asesino ocasion del crímen. Tampoco quieren que el matador sea castigado por el soberano, y ordinariamente se dedican á hacerle la guerra á él y á su familia y á perseguir á todos aquellos á quienes le place, incluso al jefe de la familia, aunque sea perfectamente inocente, so pretexto de que debiera haber velado sobre la conducta de todos los miembros que la componen. Si el matador es detenido por el poder público, recobra su libertad mediante una suma considerable (2).

Sólo la civilizacion puede reprimir en el fondo del corazon humano la ardiente pasion de la venganza. En todas partes donde no existen leyes justas y un poder bastante poderoso para hacerlas respetar, hallamos la venganza en grados diversos, no siendo necesaria para encontrarla, remontarnos á la historia de los tiempos más antíguos, ó internarnos en los bosques todavía vírgenes del Nuevo Mundo, ni descubrir algunas de las islas del mar del Sur que haya escapado á las exploraciones de los navegantes y á la accion civilizadora de los misioneros cristianos; pero es necesario convenir que en el orígen de las sociedades ó entre los pueblos donde la civilizacion parece estar condenada á una perpétua infancia, es principalmente entre los que la imaginacion y el sentimiento tienen más fuerza que luces la razon, y donde las costumbres groseras y feroces no han podido ser dulcificadas aun por la moral del Evangelio; es necesario convenir decimos en que allí es donde principalmente la venganza se despliega más extensamente, y que por consecuencia el Asia y una parte del Africa son todavía su principal teatro.

Entre los Persas musulmanes, el asesino es ante todo preso por la autoridad; los parientes de la víctima piden que les sea entregado, lo que se hace; pero recordándoles las prescripciones del Koran. La parte ofendida escoje el castigo

---

(1) *Coran*, II, 173-175, edic. Hinckelm, 479.—Doumas, *Hábitos y costumbres de la Argelia*, p. 181, 196-199, 303.

(2) Niebuhr, *Beschreibung von Araben*, p. 50 y siguientes.

que ha de imponer al asesino; pero los parientes y los amigos de éste así como el Juez, procuran hacer aceptar una indemnizacion, en lo cual tiene aquél su interés porque participa de ella. El rico puede tambien comprar suvida; pero el pobre se convierte con frecuencia en víctimade su venganza, porque sólo puede ofrecer muy poca cosa (1).

Sin embargo, los Abisinios entregan todavía al asesino al más próximo pariente del muerto, que puede castigarle como se le antoje y á veces el matador compra su vida por una suma de dinero ó bien por un número determinado de animales domésticos (2).

Juan Macron cuenta que los kookies, parecidos á los pueblos salvajes, exigen y derraman sangre por sangre (3).

La venganza de sangre existe todavía en todo el Cáucaso y es ejercida entre los Ossetas con un rigor despiadado. El Osseta cuyo huésped ó cuyo pariente ha sido muerto, no descansa hasta que ha arrancado la vida al asesino, y para conseguir su objeto no perdona sacrificio alguno.

Cuando lo ha matado, se presenta en la tumba de aquel á quien ha vengado anunciando allí en alta voz que ha dado muerte al asesino, y despues, para sustraerse á una terrible represalia, abandona la ciudad y va á buscar un refugio en cualquier pueblo vecino. La venganza de sangre es hereditaria en la familia y pasa de padres á hijos, siendo raro que pueda comprarse, y sólo se acostumbra á suspenderla de vez en cuando por medio de dones hechos á la familia del difunto (4).

El Yakouse disimulado, pendencioso é insociable, es principalmente vengativo: jamás olvida una injuria, y si la venganza no le es posible durante su vida, su hijo ó uno de sus próximos parientes, recibe en su lecho de muerte el encargo de vengarle. Por otra parte, este pueblo tiene la pasion de los ardides y se ve á los Yakouses aprovechar la menor oca-

---

(1) Chardin, *Viaje á Persia*, t. VI, p. 294, ed. Amst.
(2) Lobo, *Relac. hist. de Abysinia*, Amst., 1728, p. 125 y sig.
(3) *Account of the kookies, or Lunctas* en los *Asiat, research*, t. VII. p. 189.
(4) Faugere, *Gabinete de lectura*, 30 de Octubre de 1837.
Los mismos usos existen entre los pueblos occidentales de la América del Norte (Smet, misionero, en el diario de la *Propaganda de la fé*, Setiembre, 1839). Lo mismo sucede entre los Arabes y entre los salvajes de la Nueva-Holanda.

sion de satisfacer sus propósitos. No contentos con molestar con sus querellas á todo extranjero en quien suponen alguna influencia, emprenden tambien largos y costosos viajes para intentar procesos, con frecuencia por algunos céntimos (1).

Entre los Kurdos, cada herida se valúa en cierto precio. Un diente arrancado vale un camello; un brazo roto, dos camellos; un perro de ganado muerto, es reemplazado de una manera muy singular; se levanta al animal por la cola, se echa cebada sobre su cuerpo hasta que está enteramente cubierto, y esta cebada pertenece al querellante. Cuando un hombre es muerto, el matador es entregado á los parientes de la víctima que le condenan á muerte ó se arreglan con él por una suma llamada precio de sangre, y si nadie se presenta á quejarse, el matador queda ordinariamente impune, puesto que los próximos parientes son los que deben exigir y obtener la reparacion. Es, sin embargo, más honroso tomar la venganza por su propia mano que recurrir á los tribunales, conducta que siguen generalmente los Kurdos. Cuando un miembro de una familia ha sido muerto, su más próximo pariente toma á su cargo el cuidado de la venganza; si es hombre de honor como se entiende en este país, no debe dormir hasta haberse deshecho del asesino, y debe velar noche y dia, acechar á su adversario y tomar sangre por sangre. Cuando lo ha conseguido, la familia del difunto debe á su vez vengarle, y de esta manera no tienen jamás término estas querellas, si la hospitalidad no sirviera para apaciguarlas. Para esto el asesino no tiene más que refugiarse en la tienda del pariente del difunto, y si logra establecerse en ésta sin ser notado, si se entrega á él sin otra condicion, aquél está obligado á hacer la paz y darle un beso en la frente como signo de una reconciliacion que se cimenta todavía más bebiendo agua y comiendo alimentos, en cuya preparacion de los cuales entra la sal. Así, cuando la venganza debe ser terrible, cuando no se puede esperar ningun arreglo, el Kurdo ofendido destruye su tienda, y su familia mora al aire libre, miéntras que con la ca-

(1) *Viaje entre los pueblos de la Rusia asiática y el mar glacial*, proyectado por el gobierno ruso y ejecutado por MM. Wangel, Matiouchkine y Kormine, *oficiales de la marina imperial rusa;* traduccion del príncipe Galitzin, 2 vol. in 8.º Paris, 1843.

rabina en la mano, vive errante en los bosques y en las montañas pidiendo en todas partes hospitalidad (1).

Entre los Circasianos y entre otros muchos pueblos del Cáucaso, el deseo de la venganza es tan grande que todos los parientes de un asesino se consideran como culpables, y las enemistades que resultan de esto se propagan durante muchas generaciones. Hállanse tambien en las clases inferiores ejemplos de haberse concedido el perdon por una indemnizacion llamada precio de sangre, y algunas veces se opera tambien una reconciliacion sellada por una alianza entre las dos familias (2).

Los Demsos son inexorables en punto á la venganza de sangre (3).

La venganza puede ser más natural en unas razas que en otras, pero es cierto que se halla en la naturaleza humana, que su necesidad se hace sentir entre todos los hombres, y que sólo cede á la dulzura de las costumbres, á la civilizacion, y quizá más que á todo, á una venganza pública ó social, siempre más segura y ménos peligrosa para el ofendido y más justa para el culpable. En la antigua Grecia, en una época en que la sociedad no había hecho aún suya la causa de cada ciudadano, sólo los próximos parientes del que sucumbía á los golpes de un asesino, tenían el derecho de vengarle (4).

Cuando se encontraba algun muerto víctima de un atentado, los parientes sepultaban el cadáver y colocaban sobre la tumba una lanza, que atestiguaba su intencion de vengar aquella muerte. El crímen recaía sobre aquellos que encargados de la venganza ó de la expiacion, hubiesen rehusado cumplir este piadoso deber (5).

Tácito dice de los Germanos en general, que era entre ellos una necesidad hacer suyas las enemistades de su hermano ó de alguno de sus parientes (6); principio que ha pa-

---

(1) Fontanier, *Viage al Oriente.*

(2) Pallas, *Viajes*, 1.ª parte, p. 405; V. Rosenmull. *Altes und newes Margens*, 2.ª parte, p. 237.

(3) Burkhardt, *Travel, in Syria and the oly Land.* Londres, 1822, p. 108.

(4) Pausan., *Grecia descriptiva,* I, 1, p. 676, Leips., 1696.—La indemnizacion se admitía, sin embargo, muy frecuentemente *(Ibid.*, IX, 628; XVIII, 498). V. Tustath y los Scol.

(5) Demosth. *contr. Evergete.*

(6) *Germ.*, XXI.

sado á las leyes de los Germanos de la Edad Media con la composicion, porque es notable que las enemistades de estos pueblos del Norte no fuesen tan implacables como las de los orientales, los Arabes, por ejemplo. Aun el mismo homicida podía rescatarse mediante cierto número de reses, sin que tuviese ya nada que temer de ningun miembro de la familia del muerto (1).

Entre los Alemanes, la venganza se hallaba más templada por la inviolabilidad del domicilio del asesino, y si la cólera llegaba á franquear esta barrera, el agresor era castigado con la pena pecuniaria reservada al homicidio cometido sin premeditacion. Si la reflexion y el cálculo presidían á la venganza de sangre, la pena era doble (2).

Entre los Salios, el derecho de la venganza personal no se hallaba autorizado para los delitos contra la propiedad, y estaba reducido á las ofensas contra las personas, convirtiéndose en la mayor parte de los casos en un derecho de persecucion judicial. El ofendido podía detener al culpable cogido *in fraganti*, con la condicion de entregarle al juez, y el acusado era conducido á la asamblea, á la que tenían el derecho de asistir todos los hombres libres, de cualquier tribu que fuesen (3).

No parece que el derecho de venganza estuviera ya circunscrito á este punto entre los Francos del siglo IX, puesto que entre ellos era tambien una obligacion impuesta por la opinion el vengar la sangre de los suyos. Cuenta el cronista Aimoin que «los hijos de un hombre asesinado que habían preferido vivir en paz, á perseguir á todo trance á los asesinos de su padre para derramar su sangre, fueron condenados, en una asamblea general de los Francos, á perder todos sus bienes patrimoniales, segun las leyes romanas, que declaran desposeidos de la herencia paterna á los que no han querido vengar la muerte de su padre.» (4).

Mucho más tarde hallamos tambien en Alemania tan inveterada la costumbre de la venganza, tan sólidamente establecido el derecho de hacerse justicia por sí mismo

---

(1) *Germ.*, XXI.
(2) *Leg. Alem.*, XLV, 1.
(3) Pardessus, *Ley sálica*, disertacion 10.ª, p. 607.—El acusado era juzgado segun una ley comun: la facultad de no ser juzgado sino en virtud de las leyes de su nacion, sólo tenía lugar en materia civil.
(4) Aimoin, lib. IV, c. 28.

(Faustrecht) (1), como llamaban al derecho de la Edad Media, que las leyes y el poder no pudieron estirparlo. La voz del emperador no era más escuchada que la del juez, ni lo era en absoluto. Los tiempos más tranquilos en apariencia, aquellos en que las guerras exteriores ó civiles dejaban al país en calma, eran tambien turbados por las guerras de vecindad, de señor á señor, siendo el de guerra el estado comun de aquellos tiempos. No se sabía ó no se quería hacer otra cosa, y en ello se cifraba la gloría, el bienestar y la vida. Esta era la ocupacion, la profesion noble por excelencia, y una verdadera desgracia para el pechero, para el campesino sobre todo, á pesar de sus exenciones del servicio militar.

El derecho de represalias ó de venganza eternizaba las querellas. Este derecho pudo primero ser ejercido *in continenti*, el dia mismo de la ofensa recibida; más tarde fué necesario anunciar el castigo reservado al ménos con tres dias de anticipacion, y el agresor podía en el intervalo ofrecer satisfaccion, no habiendo entónces lugar á perseguirle por medio de las armas.

Costumbres análogas hallamos entre los pueblos eslavos En todas partes, dice Ewers, hallábase en vigor en los primeros tiempos, la venganza de sangre: precede á la formacion de la ciudad esta garantía de la seguridad personal y el terror perpétuo para contener á los malvados. El indivíduo no puede protegerse suficientemente por sí mismo; los miembros de las familias y las familias mismas, se unen con este objeto, y la venganza llega á ser un deber sagrado que pasó insensiblemente á la ciudad, á sociedad civil, porque la seguridad se halla suficientemente garantida de otra manera. La *gens* ó rama *(Stamm)*, renuncia primero á él, los próximos parientes luego, y en fin, los miembros de la misma familia; pero solamente por una compensacion pecuniaria.

En Rusia, desde el tiempo de la gran princesa Olga (945-970), la venganza de sangre se hallaba quizá en toda su fuerza, y sólo despues de cien años una ley introdujo la composicion. La venganza pasaba del padre al hijo, y éste era el que más obligado y más autorizado se hallaba para

---

(1) Burcardi Gotthelfii Struvii, *Hist. juris.*, etc., VI, 36, p. 523, Ienc. 1718.

vengar á su padre. La mujer misma, cuando se creía con fuerzas bastantes, tomaba parte en este piadoso deber para con su marido. Sin embargo, segun la relacion hereditaria de los sexos, la mujer se hallaba libre de la obligacion de vengar á su esposo, pero segun el sentimiento natural de la union y el amor conyugal, se la tenía por más próximo pariente de su marido difunto, que ninguno de los otros. Olga tuvo dos móviles igualmente poderosos para ejercer la venganza de sangre; como mujer de Igor y como tutora de su hijo todavía niño, en nombre del cual obraba y cuyos derechos y deberes eran los suyos.

La historia de Jaropolk y de Oleg (en 947), las de Wladimiro y de Ragwald (en 980), de Swiatopolk y de Jaroslaw (tambien en el siglo X), prueban que la venganza de sangre se hallaba vigente en Rusia (1).

Wladimiro quiso templar la venganza privada castigando á los homicidas, no con la pena de muerte, sino con la de destierro ó la esclavitud.

Jaroslaw (1018-1054) dió la ley conocida con el nombre de Prawda, cuyas curiosas disposiciones han sido recogidas por el cronista Nestor, y reproducidas por Schœlzer, en sus *Antigüedades rusas*. Hé aquí algunos artículos:

«Si un hombre mata á otro, el hermano venga á el hermano, ó el hijo al padre, ó el padre al hijo, ó el hijo del hermano al hijo de la hermana.» (Art. 1.º).

«Si no hay vengador, el asesino paga cuarenta griwnes (2) por cabeza, si el muerto es un rico, ó un mercader, ó un soldado, etc.; si es un isgoi ó un esclavo, entónces paga sólo diez griwnes por él.» (Art. 2.º).

«Si hay herida ó contusion, no es necesario que haya testigo ocular; pero si el azotado no tiene una señal de los golpes recibidos, es necesario un testigo; si no le hay, la queja no puede tener consecuencias.» (Art. 3.º).

En el siglo XVI, y quizá más tarde aún, era permitido entregar á la venganza personal á un *bojard* que había faltado al respeto á un patriarca, sin que tuviera la facultad de redimirse. (3).

---

(1) Ewers. *Das œlteste Recht der Russen*, etc., Dorpat, 1836, p. 50 y siguientes.

(2) Moneda cuyo valor no es bien conocido.—Véase la nota de Ewers.

(3) Macieiowski, *Slavische*, etc., p. 275-276.

Entre todos los Eslavos, ántes de los tiempos monárquicos, la sangre era castigada con sangre, siendo éste un principio consagrado por la religion. Los que habitaban las riberas del Elba, así como los Carnuthos, honraban á una divinidad de la venganza bajo el nombre de *Wet* ó *Wit* (1), cuyo uso se conservó mucho tiempo despues del establecimiento de las monarquías.

En el derecho polaco y en el derecho sérvio sólo se encuentran débiles huellas, y estos pueblos estipulaban en sus tratados con los extranjeros que fuera prohibida la venganza, excepto en los casos prevenidos por la ley.

Permitíase en particular matar como á un perro, decía la Prawda, al ladron cogido *in fraganti*.

Hoy mismo, en algunos pueblos que habitan más allá de los montes Cárpatos, y cuya civilizacion es poco adelantada, el derecho de venganza existe todavía, y pasa por una justicia, por una buena accion. Allí, como en la mayor parte de los pueblos que admiten una venganza regular y templada por las leyes, el talion es un principio.

Cuando el derecho de venganza personal fué reemplazado por otras ideas, distinguiéronse crímenes que debían ser castigados con la muerte, de otros por la mutilacion y otros pecuniariamente.

El Estatuto de Casimiro atiende á la condicion de las partes, y determina en consecuencia la suma de la pena; si el culpable no la paga, se le corta la cabeza, debiendo sufrir estas penas los arrendatarios y los principales burgueses (2).

Los sábios autores de la *Enciclopedia* de Ersch y Gruber, de los cuales hemos copiado en más de una ocasion en este artículo, no parecen suficientemente enterados respecto del uso de la venganza por los pueblos del Noroeste de Europa, cuando dicen «que no parece tampoco haber sido desconocida de los antiguos pueblos escandinavos; que se halla con frecuencia en su Haga, y que los autores de estas tradicio-

---

(1) ¿No habría alguna filiacion secreta de ideas entre esta divinidad y la pena llamada Wette en el derecho germánico del mundo medio? «Pœna dicebatur *die Wette* et solius regis erat *die hoechste Wette*, pœna capitalis» dice Struvio en su *Historia juris.*, p. 801. Quien remite en seguida á la glosa del *Landrecht*, lib. III, art. 53 y 63, así como á Besold para los detalles.

(2) Maciciowski, *Slavische*, etc., t. II, p. 126-133.

nes no hubieran hablado de ella si hubiera sido extraña á las costumbres del pueblo.» (1) La venganza, en efecto, se hàlla allí establecida como en todas partes; y en un principio, como se observaba entre los antiguos Suecos, la venganza de sangre pertenecía á los herederos de la víctima.

No es esto todo; sin remontarnos más allá del siglo XIII, hállase que los monumentos legislativos de este tiempo, hasta el siglo XVI, aún dando por motivo de las penas la seguridad pública, no están en perfecta armonía con este principio, que admiten en general con el sistema de las multas tan insuficiente para garantir la pública seguridad. Aunque la ley establece como una regla de las más importantes, el principio de que nadie debe hacerse justicia por sí mismo, no por esto dejaron de ejercerse las venganzas personalès durante todo ese período, principalmente en los casos de homicidio (2).

El derecho sufre, sin embargo, mejoras parciales, sobre todo en las ciudades, en que la vida comun hace sentir más vivamente la necesidad de leyes regulares; y estas mejoras fueron en parte el resultado de los conocimientos que los sacerdotes y los nobles llevaban del extranjero, particularmente de las Universidades, lo cual no impedía hacer anualmente una lista de *Friedlosen*, y leerla en pleno tribunal. Estos hombres, grandes culpables sin duda, eran entregados á la venganza implacable de sus enemigos, y no debían hallar más asilo en los conventos que otros condenados que hubieran tenido ménos que temer.

Algun tiempo ántes y despues del establecimiento de la *Danshof* (Tribunal de justicia de Dinamarca), Wahldemar IV castigó la guerra privada con *Obodemaal* (3), y un edicto del mismo rey la prohibió desde la fiesta de San Juan Bautista, hasta la de Santiago (4), es decir, desde el 24 de Junio hasta el 25 de Julio.

De 1522 á 1588, los desórdenes que agitan á Dinamarca hacen sentir la necesidad de leyes más severas; las de las

---

(1) F. O. Stiernhoeoek *De jure Suevor., et Goth, vetusto*, p. 349.
(2) Kolderup.—Rosenvinge's, *Grundris*, etc., p. 219.
(3) El mismo sentido que *friedlos, vogelfrei*, es decir, proscrito, cuya cabeza se ha puesto á precio, á quien se ha negado el favor de la composicion; lo que recuerda el *implacabile* de Tácito.—*Ley de Wahldemar*, IV.
(4) Kolderup, *ibid.*, p. 222.

ciudades se extendieron al resto del país, para algunos crímenes al ménos, tales como el homicidio, que sólo era castigado con una pena pública en ciertos casos. Desde entónces, se prohibió la guerra privada, pero no fué por completo abolida, gracias al privilegio que se dejó á los nobles de vengar sus querellas á mano armada. Por lo demás, la legislacion penal de este período es notable porque independientemente de su fin de asegurar la paz pública, y de impedir los crímenes, trata tambien de prevenir la cólera de Dios y la venganza *(Strafgericht)* del pueblo.

En el período siguiente (de 1588 á 1683), la nobleza lucha todavía contra el ejercicio de la ley, y renunciando á la venganza llega á desarmar la justicia pública, ya encargada de las causas de muerte. Las leyes de Christian IV dejan tambien al rey y á su consejo la facultad de regular la pena para los nobles, y prohiben, entre otras cosas, batirse con armas de fuego (1).

¿El duelo, no es todavía un resto de la venganza personal? La única diferencia que hay es que se previene al adversario para que no sea cogido desprevenido; pero tambien el duelo tiene de más bárbaro que la antigua venganza de sangre, el poder arrancar la vida al enemigo por una bagatela, y que el ofendido puede dejar en él la suya lo mismo que el ofensor, doble absurdo además, sobre el cual llamaremos despues la atencion.

En Inglaterra, la venganza de sangre estaba consagrada por la ley. Independientemente de la acusacion pública, el más próximo pariente del muerto tenía una accion de perseguir en apelacion para hacer revocar una sentencia que hubiera absuelto al criminal, y para procesarle nuevamente. Esta oposicion tenía tanta fuerza, dice Blackstone, que ataba las manos del rey, quien no podía libertar haciendo gracia.

Por lo demás, era posible la composicion en los delitos privados, en el homicidio y áun en los delitos contra la paz pública *(Frithbreche)* (2). Cuando los delitos privados

---

(1) Kolderup, *Grundiss*, etc., p. 289, 326. Aunque Andrés Sunesen da ya en el segundo período del derecho danés (1020-1240), por fin de las penas la represion de los crímenes cometidos y la prevencion de los crímenes posibles, no son todavía en este período sino una metamórfosis de la guerra privada (*Ibib.*, p. 118).

(2) Estas dos cosas no se excluyen: la paz pública es tambien turba-

no se transigían por dinero, volvía á seguir su curso el derecho de venganza, lo cual era una verdadera guerra privada *(Fathe, gefeohte, faida)* (1). No se distinguía tampoco si había tenido mala voluntad ó no, y toda la fortuna de la familia del culpable no bastaba para pagar el wehrgeld (2) de un muerto de clase superior. La familia de éste podía, segun una ley de Athelstane, combatir hasta que hubiesen muerto en la familia enemiga tantos indivíduos como eran necesarios para que sus *wehrgelds* acumulados igualasen al wehrgeld de la primera víctima. Así, cuando un hombre cuyo wehrgeld era de 1.200 chelines *(twelfhyndesman)*, era muerto por otro cuyo wehrgeld sólo era de 200; la familia del muerto podía matar impunemente seis de los parientes del culpable ($200 \times 6 = 1.200$). Una ley de Edmundo limitaba la guerra privada sólo al asesino, y su familia no debía sufrir las consecuencias de ella. Había ciertos términos para el pago del wehrgeld, excepto en el caso en que se hubiera cometido la muerte cerca de una fosa abierta *(an einem offenen Grabe)*: una ley de Œthelberto ordenaba que en este caso el wehrgeld fuese pagado por completo en un plazo de cuarenta dias. La garantía *(wehrgelds burgschaft)* del wehrgeld (en inglés *Werborge)*, era facilitada por ocho parientes del lado paterno y cuatro del lado materno, y á falta de parientes, por otros tantos amigos (3).

Pero en Inglaterra, como en Francia, y en todos los países en donde un poder ilustrado pretende hacer reinar la justicia, el derecho de venganza fué primero circunscrito, limitado más y más en el tiempo y en el espacio, esperando que pudiera ser completamente abolido. No podía ejercerse en domingo, ni en las principales fiestas del año, ni durante el adviento, ni en las Cuatro-Témporas, ni en la víspera de ciertas fiestas, y en general, ninguno de los dias más especialmente consagrados al culto religioso (4). A esta especie

---

da por los delitos privados desde el momento en que la sociedad presenta un cierto grado de solidaridad.

(1) Véase Struvii, *Histor. juris.*, etc., VIII, p. 679 y 680, sobre la significacion y el orígen de todas estas palabras.

(2) Sábese que el wehrgeld era la suma que debía pagar el matador á los parientes de la víctima para librarse de la venganza.

(3) Philipps, *Inglische Reichs und Rechtsgeschichte*, etc., t. II.

(4) *Legg. Edowardi reg.*, 3, 12.

de tregua de Dios en las guerras individuales ó de familia, se añadió la tregua del rey, que prohibía entregarse á actos de venganza en muchos lugares de sus dominios ó del dominio público generalmente frecuentados (1): su presencia, la de un obispo, ó la de un dignatario de la Iglesia ó del Estado, fué tambien una proteccion contra los atentados á las personas; estando prohibido batirse ó sacar la espada delante de ellos (2).

Por lo demás, no hay aquí nada que se pueda atribuir más bien al espíritu cristiano que á ese sentimiento general de humanidad que se halla en todas partes, pero que tiende á poner bajo la proteccion de las creencias religiosas las instituciones que no habrían tenido quizá de otro modo la fuerza necesaria para resistir á las violentas pasiones y á los prejuicios ha largo tiempo recibidos. Así es que, una especie de tregua de Dios cuya duracion es de cuatro meses, se halla lo mismo en el *Coran* que en el Evangelio, entre los Arabes y otros muchos sectarios de Mahoma (3). Una institucion análoga existía tambien entre los Germanos (4).

En Francia, ciertos fueros como el de Borgoña permitían hacer la guerra no solamente al ofendido, sino tambien á sus próximos parientes por toda clase de lesiones sufridas (5).

---

(1) *Ibid.*, 12.

(2) *Legg. Ælfredi reg.*, 15.—Una prohibicion análoga existe en China.

(3) G. Pauthier, *Libros sagrados del Oriente*, p. 52.

(4) Tácito, *Germ.*, c. 40.

(5) «Se ancun est laidi ou vitupéré d'un autre ou de plusieurs, les freres on les cousins du laidi se puent calmer, comme laidis, et le appeler en leur courage» (*Fuero de Borgoña*, p. 178).

El uso de la venganza de sangre parece haber existido tambien en Normandía, como atestiguan estos versos de Guillermo el Breton:

«Quædam autem in melius juri contraria mutans,
Constituit pugiles, ut in omni talio (*sic*) pugna
Sanguinis in causis ad pænas exigat æquas,
Victus ut appellans, sive appellatus, eadem
Lege ligaretur, mutilari, aut perdere vitam.
Moris enim exstiterat apud illos hactenus, utsi
Appellans victus in causa sanguinis esset,
Sex solidos decies, cum nummo solveret uno.
Et sic impunis, omissa lege, maneret.
Quod si appellatum vinci contingeret, omni
Re privaretur, et turpi morte periret.
Injustum justus hoc juste rex revocavit,
Re que pares Francis Normanos fecit in ista.»
(*Ord. de los reyes de Francia*, t. I, p. 46).»

Sin embargo, introdujéronse considerables mejoras en la jurisprudencia criminal por Felipe-Augusto y por Luis IX. Para evitar las venganzas personales que habían adquirido una deplorable extension bajo el régimen feudal, á causa de la independencia en que vivían los señores, Felipe Augusto estableció la *cuarentena del rey* (1) durante la cual la justicia privada debía abstenerse y dejar á la justicia real su libertad de accion.

Luis IX, por su parte, renovó la *cuarentena del rey*, sancionando su observancia bajo pena de muerte (2), y concluyó por proscribir las guerras civiles en todo el reino; abolió el duelo judicial en sus tierras, cuya extincion favoreció en el resto del país, y creó el ministerio público.

En España, en donde el ardor del clima, una sangre ardiente, una especie de orgullo aristocrático y algo del temperamento morisco, árabe y oriental lleva al resentimiento profundo y á la venganza, debe hallarse el derecho de hacerse justicia por su propia mano lo mismo que entre los bárbaros del N. Los grandes del reino se sometieron difícilmente al poder de la justicia (del juez) por grande que fuera, y vemos, tambien hácia fines del siglo XV ejemplos de guerras privadas entre poderosas familias, guerras que turbaban el reposo de la nacion entera. El derecho de vengar sus injurias por medio de las armas y la ceremonia ya solemne del desafío hállanse sancionados en sus leyes, en las cuales vemos hasta la antigua costumbre bárbara del pago de una composicion á los parientes de las víctimas (3).

¿Eran pueblos civilizados ó salvajes los Escoceses y los Irlandeses de los siglos XVI y XVII que nos describen Barclai, Stanchurst y Camden? Convertían las más insignificantes querellas en motines, y las injurias personales eran ventiladas por las familias áun despues de haber sido invocada la autoridad del príncipe. De aquí muertes numerosas, combates que parecían casi batallas, por el número de los que en ellos tomaban parte, de ahí la herencia de los ódios y de las venganzas, fomentada por la de la sangre y por un falso pundonor: el incendio castigaba al incen-

---

(1) *Ord. de los reyes de Francia*, t. I, prólogo de Lauriere.
(2) *Establecimientos de S. Luis*, c. 37.
(3) Hallam, *La Europa en la Edad Media*, t. I, p. 398, traduccion francesa.

dio, como la sangre pagaba la sangre; las emboscadas y los medios injustos eran empleados sin repugnancia, y todo era bueno con tal de que la venganza quedara satisfecha. Peor era cuando el orgullo de las familias poderosas venía á unirse á estas pasiones generales, porque frecuentemente sucumbían bajo tales ataques, y otras veces eran desposeidas de sus bienes, arrojadas de sus posesiones sin poder defenderse, habiendo puesto una parte de su seguridad en no inspirar ningun recelo, reduciendo el número de los hombres que hubieran podido protejerlos (1).

¿Es necesario acaso para encontrar esta feroz justicia en los países cristianos, remontarse á los siglos bárbaros, á la Edad Media, al siglo XV y áun al siglo XVII? ¿No tenemos todavía en Europa á las puertas de la civilizacion más adelantada, y áun en su seno mismo, costumbres y recuerdos de los primeros tiempos de la justicia pública, ó más bien de su absoluta ausencia? En Iliria, en el generalato del Banat, en Bosnia, en Albania, en Moldavia, en Valaquia, como entre los bárbaros del Oriente (2), el derecho del talion es ejercido por la familia del ofendido contra el ofensor ó sus próximos parientes de la manera más cruel.

Para los Montenegrinos, entre los cuales el espíritu de venganza inflama con frecuencia á toda una familia durante muchas generaciones, el abandono de ese terrible derecho es una de las más grandes solemnidades del país. La reconciliacion se realiza en presencia de una reunion general y del Kmeti, es decir, de un tribunal compuesto de

---

(1) Sæpe modica jurgia, et inter obscuros, magnis et indignis moribus suffecerunt. Dum utrinque jurgantes apud illos sua gentis principes dequesti, privatas contumelias in ipsarum familiarum injuriam vertunt. Neque rem modico sanguine peragunt. Interdum in agmen veluti aciem coacti desœviunt, et insita inimicitiarum vis in hæredes quoque abit. Cœde cædem repensare decorum; incendia alternis ignibus vindicant. Nec aperto tantum marte; insidiis, fraudibus, agunt. Ni hil turpe aut ignobile, satianti oculos inimicorum malis. Et hœc pestis sœpe optimates evertit; sive inter ejus modi arma extinctos, sive frecuentium stipatorum (nam suspectam vim inimicorum ita submovere necesse est) sera inopia, distractisque fundis luentes; etiam quod ut plurimum regio arboribus caret, quidam putant illorum adiorum facinus esse; dum adversis facibus inimicorum sylvas cremant, et privatis injuriis vastitatem patriæ faciunt.» *Icone Animorum*, etc., por J. Barclai, exoper. cui titulus: *Respubl: sive Status regni Scotiæ et Hiberniæ*, p. 277).

(2) J. M. A. Scholz, *Reise in die Gegend zwischen Alexandrien und Paractonien*, etc., p. 3.

veinticuatro de los más ancianos, escogidos doce de cada una de las dos familias (1).

Una costumbre análoga se observa tambien en Córcega y en Cerdeña; y sin embargo, la venganza de sangre, como consecuencia del carácter vengativo de estos dos últimos pueblos tiene algo de especial, y por decirlo así, su fisonomía propia. Cuando un corso es ofendido, busca ocasion propicia para vengarse de su enemigo, y si no la encuentra, descarga su ira contra los próximos parientes. La cruel costumbre llamada *vendetta traversa* (venganza cruzada ó recíproca), es naturalmente la fuente de innumerables asesinatos.

¡Desdichado del que no tiene nadie que le defienda! nada le pertenece; pero el que es cobarde para no vengar la muerte de su próximo pariente, se halla deshonrado (2).

---

(1) Violla de Lommieres, *Viaje histórico y político á Montenegro,* Paris, 1807, t. I. p. 389.

(2) J. F. Simonot, *Cartas sobre la Córcega,* p. 299. Cf. *Historia del derecho criminal*, por M. Alle. Du Boys, t. II, c. I, p. 46-60, 248, 264, 577, 581.

CAPITULO XXVIII.

SEGUNDO PERÍODO.—EL TALION

SUMARIO.

1. Lo que falta al Talion para ser completamente justo.—2. Sus poderosas razones de ser.—3. Los bárbaros más cercanos al estado de salvajismo lo practican ya. Ejemplo: Nueva-Zelanda, islas Carolinas, Nueva-Holanda.—4. Ley mosáica; legisladores griegos; las Doce Tablas; Mahoma; Hungría; Lituanía; Francia; Suiza.

La venganza personal es la primera forma de la pena, y el talion la segunda, porque este es ya efecto de una especie de ley, puesto que la venganza personal puede excederle cuando quiera. El Talion es, pues, la venganza ya limitada y limitada doblemente, es decir, en cuanto á la naturaleza de la pena y en cuanto á su medida. El talion, en la acepcion literal de la palabra, y determinado segun la naturaleza y la medida del delito material, segun su aspecto material y externo, es la primera tentativa del espíritu de justicia para llegar á una equitativa distribucion penal. Sólo le falta para ser justo regularse al mismo tiempo bajo el punto de vista subjetivo ó formal del delito, y las demás circunstancias espirituales que hacen de nosotros agentes morales.

El talion es á la vez demasiado justo, demasiado natural y sencillo para que los pueblos groseros no le adopten; pero es al mismo tiempo muy difícil de establecer para que sea aplicado convenientemente. Debería, por lo tanto, sorprendernos igualmente no encontrarle en aquellos pueblos, ó hallarle siempre inteligente, siempre justo. La venganza excede por lo comun los verdaderos límites, y siempre, atendiendo tan sólo á la igualdad brutal y material.

El talion parece ser el modo de penalidad más ordinario entre los salvajes de Nueva-Zelanda. La muerte debe ser pagada con la muerte, la sangre con la sangre y el robo con el pillaje. Más rigurosos son contra el adulterio, puesto

que imponen la pena de muerte contra los dos culpables (1).

Los principales jefes de las islas Carolinas, gozan de una grande autoridad y ejercen la justicia penal segun los principios más estrictos del talion: ojo por ojo y diente por diente (2).

Por el contrario, segun Cantova, no se castiga allí á los criminales, ni con prision, ni con penas aflictivas, contentándose con desterrarlos á otra isla (3).

Entre los salvajes de la Nueva-Holanda, la ley del talion parece ser, bajo muchos puntos de vista, la regla general que se sigue para la reparacion de los crímenes y de las ofensas. El que ha matado ó herido solamente á uno de sus compatriotas, debe exponerse durante cierto tiempo á las azagayas del ofendido ó de sus parientes, sin otro medio de defensa que un pequeño escudo de cuero endurecido á fuego de dos piés y medio de largo. Algunas veces es la viuda misma la que venga la muerte de su marido sobre algun pariente ó hijo del asesino (4).

El sistema de las penas *expresivas* ó análogas al crímen, parece haber dominado generalmente en la legislacion egipcia, lo que explica el género de mutilacion que se hacía al autor de una violacion; al que revelaba un secreto de Estado se le cortaba la lengua. El delito de monedero falso, de alteracion de pesas y medidas, el de testigo falso y las falsificaciones de los sellos del Estado eran castigados con la mutilacion de las dos manos (5).

La ley mosáica, pasa generalmente por haber admitido el talion con el mas extremado rigor; pero este rigor, segun Grocio, si era algunas veces excesivo, era con frecuencia demasiado indulgente (6): primera razon para pensar que el talion no era entendido literalmente por los Judíos. Puffendorf cita un gran número de autoridades en apoyo de esta opinion (7). El mismo publicista hace notar la imposibi-

---

(1) Dumont-d'Urbille, *Viajes*, t. II, p. 424.
(2) Kotzbue, *A voyage of descovery*, en 1815-1818.
(3) Cantooa, *Lettres edif.*
(4) Freicinet, *Viaje alrededor del mundo*, t. II, p. 784.—Véase tambien: *Viaje de Coreal*, t. I, p. 208; *Viaje de J. de Lery*, p. 272; *Historia general de los viajes*, t. IV, p. 224, 325.
(5) Diod., LXVII.—Véase la *Historia del derecho criminal de los pueblos antiguos*, etc., por M. Alb. Du Boys, p. 20.
(6) *El derecho de la guerra*, etc., II, 26, § 31. 32, 33.
(7) *Derecho de la naturaleza*, etc., VIII, 3, § 27.

lidad absoluta, física ó moral de aplicar siempre de igual manera el principio del talion (1).

Los legisladores griegos eran tambien partidarios del principio del talion (2), al cual se llamaba la ley de Rhadamante á causa de su severidad (3); pero es de creer que en Grecia como en Roma, este principio fué muy limitado en su aplicacion.

La legislacion criminal establecida por Dracon se hallaba ménos fundada sobre el principio del talion que sobre el terror que debiera inspirarse por la severidad del castigo; el cual era el principio de utilidad, abstraccion hecha del de justicia. Otro defecto de esta legislacion, es que sólo vé el lado absoluto y uniforme de la defensa, sin tener en cuenta el grado del daño causado por el delito, como tambien el grado de perversidad segun la naturaleza del crímen.

La reforma de Solon fué, por lo tanto, un gran progreso (4). Dejó subsistente la pena de muerte para el asesinato premeditado, los envenenamientos, los incendios, los atentados contra la democracia, la alta traicion, la desercion á la vista del enemigo, la profanacion de los misterios y el sacrilegio. Por lo demás, Solon parece haber entendido el talion en el sentido de la igualdad proporcional, puesto que quiso que se sacaran los dos ojos al que privaba á un tuerto de la vista (5).

El principio de la pena entre los Cretenses, los Loarios y los Turuanos, era tambien el talion que los Cretenses atribuían á Rhadamanto (6).

La ley de las Doce Tablas lo consagró (7), pero solamente á falta de compensacion ó de transaccion pecuniaria; y

---

(1) Goguet, *Del origen de las leyes*, etc., opina de distinto modo.
(2) Pausan., l. I, 28.
(3) Aristóteles, *Eth. ad Nicom.*, V, 8.
(4) Este progreso habría sido más marcado, si la pena no hubiera sido á veces hereditaria. Concíbese que la multa que no es pagada por el padre, sea satisfecha por el hijo; pero lo que es ménos justo es que el hijo pague de su peculio ó sufra la prision por su padre si éste no ha podido pagar la multa. Y todavía se concibe ménos que la infamia pase del padre á los hijos. (Isocr. *para el hijo de Alcibiades*; Plutarco, *Diez oradores*, *Vida de Antiph*).
(5) Diógenes Laertes, *Vida de Solon*, § 9.
(6) Aristóteles, *Nicom.*, V, 8; Diodoro, XII, § 17; Heyne, *ob. cit.*, II, p. 38.
(7) Anlo-Gell., XX, I.—Véase en Jacobo Gothofredi, *Oper. jurid.*, tabl. VII, y p. 69, 119.

este género de pena sólo fué conservado para el caso de la acusacion calumniosa (1).

En las sociedades constituidas despóticamente, es donde principalmente hallamos el talion, para lo cual hay dos razones; el desprecio de la justicia y de los hombres y una sencillez pronta y fácil en la aplicacion (2).

Los más laboriosos déspotas hállanse obligados á obrar con frecuencia como si no lo fueran, porque no podrían realizar su tarea, y lo mismo sucede con sus visires. Mahoma, en su calidad de príncipe absoluto, habría quizá admitido tambien el talion (3), aunque no lo hubiera hallado establecido entre los Arabes. Es necesario reconocer, sin embargo, que casi todos los pueblos sometidos al islamismo han seguido el espíritu más bien que la letra de esta parte de su ley (4). Entre los moros de España, por ejemplo, los ricos podían comprar tambien con dinero la sangre que habían derramado, si los parientes del muerto consentían en ello, y el mismo califa no se hubiera atrevido á negarles la cabeza de su hijo culpable de homicidio, si se hubieran obstinado en pedírsela (5).

Los delitos contra la persona, contra la libertad, eran castigados con el talion por la ley de los Visigodos, pero con la facultad de componer y de comprar la pena á peso de oro. La ley no consiente tampoco que se obre de igual manera tratándose de un bofeton, de una puñada, de un puntapié, de un golpe en la cabeza, por temor dice, de que la represalia sea excesiva y peligrosa (6). Estima luego los latigazos que cada una de estas ofensas puede merecer, y distingue tambien segun el mal ocasionado, si ha sido deliberado ó no. En el último caso se puede comprar por cien sueldos un ojo vaciado.

El resto de esta ley contiene un número tan grande de casos en que la composicion es obligatoria, que es evidente

---

(1) L. 10, Cod., *De calumniat.*

(2) El despotismo es un compuesto de impaciencia y de pereza; ha dicho un viajero espiritual (La Rusia en 1839, por el marqués de Custine, t. 1, p. 254).

(3) *Coran*, c. II y IV.

(4) *Historia de Mahoma*, p. 262, por Mills, traduc. de G. Buisson.

(5) Florian, *Resúmen histórico sobre los moros*. Cf. *Libros sagrados del Oriente*, por M. Pauthier, p. 520.

(6) *Leyes Visigodas*, I, VI, tít. 4, lib. 3, *Pro alapa vero, pugno vel calce aut percussione in capite, prohibimus reddere talionem.*

que no admite el principio del talion sino á despecho, cuantas veces se trata de ofensas entre ingénuos. Si es un esclavo el que se ha hecho culpable para con un hombre libre, si por ejemplo, le ha arrancado los cabellos *(decalvaverit)*, debe ser abandonado á la discrecion del ofendido. Diferente pena se aplica al liberto que infiere malos tratamientos á un ingénuo, ó un ingénuo á un liberto, como tambien un esclavo contra otro esclavo, etc. Es necesario hacer entre las personas de diferentes condiciones, todas las combinaciones posibles para poder seguir las leyes bárbaras en este laberinto de distinciones, pero gracias á estas, el talion no habría podido en todo caso ser aplicado sino entre iguales; de donde resulta una ventaja y un inconveniente; mas la idea de proporcion en la aplicacion de la pena es por sí misma una conquista importante.

El talion se ha conservado en ciertos países, á título de privilegio; y las leyes húngaras permiten el talion á un clérigo, injustamente acusado por un seglar, así como á los funcionarios cuyos decretos ó sentencias son censurados sin motivo suficiente (1).

El delito, para el cual se mantuvo más largo tiempo, aquel por el cual parece generalmente fácil y justa la aplicacion, es el delito de calumnia en justicia ó de falsa acusacion. Principalmente para este delito se ha mantenido el talion en los tiempos modernos en Lithuania, Rusia y Polonia.

Si alguno acusaba á un Judío de haber matado á un niño cristiano y no podía probar su dicho por tres testigos, sufría la pena á que habría sido condenado el Judío (2).

Esta medida no es la única de este género. La calumnia es tan odiosa, principalmente cuando se cubre con la máscara de la hipocresía religiosa y del celo del bien público; es tan peligrosa al mismo tiempo, particularmente cuando puede ser escuchada con benevolencia por el fanatismo ó la lisonja de los cortesanos, que es difícil vituperar á las legisladores que han protegido la inocencia, haciendo caer sobre la cabeza de los acusadores calumniosos la pena que ellos querían hacer caer injustamente sobre los otros. El edicto de 1551 (3), determinaba que el denunciador con-

---

(1) Macieiowski, *Slavische*, etc., t. IV, p. 276.
(2) *Ibid.*, 274.
(3) 27 de Junio, art. 31.—Theodorico, en su célebre edicto, había

victo de calumnia fuera castigado con la pena del talion, cuando la denuncia tuviera por objeto el crímen de heregía (castigado á la razon de muerte). Si el talion dejó de ser aplicado en tal caso, no fué por un motivo de humanidad, sino porque su rigor impedía á muchas personas hacerse denunciadoras (1). Sólo se conservó bajó el antiguo régimen para el crímen de lesa-majestad y de testimonio falso (2), y parece qué las razones que le habían hecho prescribir para la falsa acusacion en materia de heregía, habrían podido tener el mismo efecto para la acusacion calumniosa en materia de crímen político: para que así no se hiciera, se tuvo en cuenta el propósito de descubrir á los culpables de lesa-majestad más bien que á los herejes (3).

Al principio del siglo XVII, el talion se hallaba todavía bastante extendído en Europa. En Lucerna, por ejemplo, era aplicado de una manera despiadada, áun para el caso de homicidio cometido en legitima defensa: el homicida pagaba con su cabeza, y si se le desterraba no podía volver al país sino á condicion de hacer la paz con los hijos ó con los próximos parientes del muerto, habiendo sido impotente el mismo Senado para abrir al desterrado las puertas de la patria en otras condiciones (4).

Otro ejemplo muy singular del talion se halla fundado en un juego de palabras. Los buenos Suizos habían decidido en su Dieta que fueran condenados á ser ahogados aquellos que, provistos de bulas pontificias, quisieran ponerse

---

va castigado severamente y rechazado á los denunciadores calumniosos. Sus palabras merecen conocerse: «Is qui quasi sub specie utilitatis publice, ut sic necessarie faciat, delator existit, quem tamem nos execrari omnino profitemur, quamvis velvera dicens legibus prohibeatur audiri; tamen si ea, quæ ad aures publicas detulerit, inter acta constitutu nonpotuerit adprobare, flammis dabet absumi (art. 35) occultis secretisque delationibus nihil credi debet, sed eum qui aliquid defert, judicium venire convenit; ut si quod detulit non potuerit adprobare, capitali subjaceat ultioni» art. 50.

(1) Papon, l. XXIV, tít. 1, núm. 3; Julius Clarus, *Quœst.*, 81, número 3; Coquille, *Sobre el fuero de Nevers*, tít. I, art. 23.

(2) Mornac, *Ad. leg.*, 1, D., *De calumniatoribus*.

(4) Y no es que no se haya abusado para recordar por el contrario las desigualdades establecidas por los prejuicios y las instituciones sociales; pero precisamente porque estas desigualdades no son jamás tan chocantes como en las penas, no son tampoco propias para despertar el sentimiento de la identidad de la naturaleza humana.

(4) *Helvetiorum respublica, diversor autor.*, Lugd. Batav., 1627, in 32, p. 374.

en posesion de los beneficios vacantes, con perjuicio de los eclesiásticos instituidos por los obispos (1). Se convendrá en que estas franquicias bien valen las libertades de la Iglesia galicana, al ménos por el rigor de la ejecucion.

Pero hé aquí otro ejemplo del talion por analogía, tomado tambien del mismo pueblo, y que tiene una base un poco más séria.

El que se hacía culpable de una mala accion en estado de embriaguez, era condenado, no sólo á la pena merecida por el delito, sino tambien á la privacion del vino durante un año, y al cabo de este tiempo, el pueblo, en una reunion pública, le concedía de nuevo el uso del vino si merecía este favor, quedando tambien obligado á impedir las riñas de que fuera testigo (2).

---

(1) «Curtisani, cum sacerdotibus ab ordinariis locorum delectis sœpe molesti essent, et vacantia beneficia freti bullis pontificiis invaderent, communi consensu tredecim pagorum decretum est anno 1520, ut tales si pergant suum bullatum jus urgere, in vincula conjiciantur, et in huic renuntient, aquis submergentur: scilicet ut ita bullæ bullis eluantur» (*Ibid.*, p. 320).

(2) «Curtisani, cum sacerdotibus ab ordinariis locorum delecti sæpemolesti essent, et vacantia beneficia freti bullis pontificiis invaderent, communi consensu tredecim pagorum decretum est anno 1520, ut tales si pergant suum bullatum jus urgere, in vincula conjiciantur, et in huic renuntient, aquis, submergentur: scilicet ut ita bullæ bullis eluantiur.» (*Ibid.*, p. 320).

CAPITULO XXIX.

TERCER PERÍODO.—LA COMPOSICION.

SUMARIO.

1. Progresos de la composicion sobre el talion.—2. El *fredum*, su razon.—3. Si la composicion es una pena ó una reparacion civil. —4. Orígen de la composicion.—5. Argos, Loango, Roma, los Germanos.—6. Composicion, primero voluntaria y luego obligatoria.—7. Opiniones diferentes sobre este punto.—8. Conciliacion, distinguiendo los pueblos y los tiempos.—9. Nada hay absoluto en este punto: diversos usos contemporáneos.—10. Circunstancias que hacen, sin embargo, la composicion generalmente obligatoria.—11. Consecuencia de la aceptacion y de la composicion.—12. *Quid*, si el culpable se hallaba sin recursos.—13. Composicion entre los Escandinavos.—14. Cómo se repartía.—15. Composicion entre los Anglo-Normandos.—16. I. De la identidad de naturaleza en las penas en general.—Sus ventajas y sus inconvenientes.—17. II. Tarifa de la pena.—18 .III. *Quantum* de la composion.—19. IV. Diferencia segun los sexos.—20. V. Diferencia segun las condiciones.—21. VI. Diferencia segun las nacionalidades.—22. VII. La composicion llegaba á los herederos encargados otras veces de la venganza de sangre y más tarde de perseguir la *féde*.—Precaucion notable de la ley Sálica. —23. solidaridad en la venganza, en la defensa, etc., en los siglos XIII y XIV en Francia y Dinamarca.—24. VIII. Parte que se concedía á la venganza en la misma época en el derecho danés y en Escocia.—25. Diferencia notable entre las penas reservadas á los delitos privados y las que afectaban á los delitos públicos en la misma época.—Razon de esta diferencia.

Así como el talion es el primer paso hácia la justicia penal, la composicion es el primer grado de la conciliacion y del perdon. El que sólo busca un mal igual al que ha sufrido, se venga todavía, pero ya limita su pasion en la eleccion y la medida de la pena que quiere hacer sufrir al que le ha ofendido; mas el que consiente en que el culpable rescate, con el abandono de sus bienes materiales, la pena que ha merecido, es todavía ménos ciego, ménos implacable en sus resentimientos. Puede ser más interesado que el que se venga, pero es ménos temible, y la satisfaccion que exige y con la que se contenta es más razonable en todo caso que la venganza, puesto que la ventaja que encuentra en una

reparacion material, es más duradera, más útil y ménos brutal que el placer de la venganza. En la venganza personal hay mucho del animal; en el talion hay todavía algo de esto, pero circunscrito ya por un sentimiento humano, que es el de la justicia. En la composicion, en la que los bienes pagan por el propietario y las cosas por el hombre, hay igualmente una idea de justicia: la de la satisfaccion, y ademas otra de especulacion y de prevision, que es la de utilidad.

Observemos todavía la diferencia que distingue la idea de justicia en el talion, de la idea de justicia que acompaña á la composicion: la primera es una idea de igualdad y áun de identidad, es una idea matemática ó de exactitud aplicada á un sér moral ó de justicia, puesto que es justo que quien ha hecho sufrir, sufra á su vez. Hé aquí la nocion más clara y más exacta de este órden. Pero ¿qué debe sufrir? Precisamente lo que ha hecho sufrir él mismo: tal es la segunda idea, la idea matemática y física á que se aplica la primera. En la composicion, la idea de justicia satisfactoria no se aplica, excepto en materia de delitos contra la propiedad, á un objeto de la misma naturaleza que la materia del delito, el perjuicio causado, y se aplica ademas á otra cosa que representa este perjuicio, que es la compensacion. Hay aquí una idea de equivalencia en vez de una de identidad ó de igualdad que tenemos siempre, y la idea de la equivalencia es de un órden más elevado que la de la identidad, puesto que resulta de la comparacion de cosas diversas, y respecto á las cuales es más difícil hallar alguna relacion, y con mayor motivo, unidad de medida. Esta dificultad sería por sí sola un indicio del progreso de la composicion sobre el talion.

Pero esta ventaja no se halla exenta de inconvenientes. En efecto; la equivalencia puede ser tan difícil de reconocer, y este es el caso presente, que sólo la arbitrariedad es capaz de establecerla: de aquí una nueva fuente de dificultades y de objeciones. Sin embargo, por lo mismo que se discute y debate el precio de una herida, por ejemplo, se quiere llegar á una inteligencia, á una solucion que alege la venganza y el talion mismo, y de aquí resulta la necesidad de una ley y de un juez que pongan de acuerdo á las partes, y se obliguen la una á dar lo que ha prometido á la otra, y ésta á contentarse con ello.

Esta necesidad, que es anterior á la composicion, que se hace sentir ya bajo el régimen del talion, que puede ser una necesidad en el ejercicio mismo de la venganza, dió origen á una retribucion en favor del culpable de parte del poder: retribucion que tomó el nombre de *fredum*, y más tarde el de multa.

Representa tambien, segun los unos, la pena destinada á vengar la perturbacion del órden público, la alarma producida en las poblaciones, los malos ejemplos dados, etc. Segun esta manera de concebir la multa, habría en todo delito privado un delito público tambien, cosa que no negamos; pero nos resistimos á creer que esta multa haya sido realmente la que haya hecho nacer en primer término la pena pecuniaria de que hablábamos. Es muy verosímil que obligado el poder á hacer gastos considerables para mantener la paz y para hacer respetar sus decisiones, haya pensado primero que era justo hacer pagar estos medios de seguridad pública á aquellos que los hiciesen necesarios. Más tarde, la idea de que existía un delito público en todo delito probado, habrá sido considerada como el verdadero motivo de la multa.

De cualquier manera que sea, la composicion propiamente dicha, es no tanto una pena, en el sentido propio de la palabra, como la reparacion de un daño, principalmente cuando se admite que representa el talion, que éste no es sino una cierta medida en la venganza, y que la venganza misma, en el sentido propio de la palabra no es permitida á título de pena sino como simple satisfaccion personal, doméstica ó pública; y lo que prueba aun mejor que la composicion propiamente dicha no tenía un carácter penal, es que se aplicaba igualmente en los cuasi-delitos (1). El *fredus* ó *fredum* sólo era, por lo tanto, lo accesorio en la compensacion y no lo principal (2).

Pero veamos los hechos.

La composicion es muy antigua y se remonta á la pri-

---

(1) V. Rosshirt, *Gesch und System des deutsch. Strafr.*, t. I, página 5.

(2) Otros han hecho ya notar en el lenguaje de las leyes bárbaras una confusion, que importa no olvidar; y es que la ley de los Burgundios emplea la palabra *mulcta* para designar el *fred*, miéntras que la ley de los Frisones dice *mulcta* por la composicion pagada á la parte contraria, y *freda* por la multa pagada al rey.

mera vez que se rescataron las penas con objetos materiales, siendo posible y áun natural en todas partes donde hay cualquiera posesion de una cosa que puede ser útil á otros. No debemos, pues, extrañarnos de hallarla en Homero (1).

El salvaje que ha irritado á su compañero de caza, puede proponerle, para apaciguar su venganza, la cesion de su arco ó sus flechas.

Las leyes de Argos permitían las transacciones y las composiciones pecuniarias (2); libraban quizá al soberano del derecho de castigar, y permitían al culpable entregar amigablemente al ofendido lo que podía deberle así como á la cosa pública. El efecto moral es en el fondo el mismo, puesto que el culpable satisface á la cosa pública directamente, pagando una pena al soberano, ó indirectamente, pagando esta pena á aquel en cuya persona, ha recibido la ofensa la República (3).

Pero cuando la fuerza pública no es muy poderosa y la pasion de la venganza se agita fuertemente en los corazones, no todos los crímenes son redimibles. En Loango, cuando un culpable roba, se libra por una suma; si ha contraido deudas hasta el importe del valor de un esclavo, redúcese á esta condicion si no paga; si comete un adulterio, debe al marido ultrajado el valor de un esclavo; cuando ha herido hasta derramar sangre, da un esclavo ó su valor para librarse de ser vendido. Pero si ha vendido por fraude un negro sobre el cual no tenía ningun derecho, ó cometido un homicidio, es descuartizado en el campo por la muchedumbre y su cuerpo se abandona á las aves de rapiña.

El talion sólo era decretado por la ley de las Doce Tablas cuando la composicion no tenía lugar (4); prueba de que este último no era más que una mala solucion comparado con la composicion, y de que esta era un progreso sobre el otro á los ojos del legislador.

Pero entre los Germanos (5) y los bárbaros que nos han trasmitido sus usos y sus leyes, es donde principalmente

---

(1) *Iliada*, IX, XVIII; *Odysea*, VIII.—Discurso de Ayax á Aquiles; descripcion del escudo de Aquiles: diálogo entre Neptuno y Vulcano con motivo de las desavenencias de Marte y Vénus.

(2) Apollod., II, p. 32.

(3) *Costumbres de los Germanos*, XXI.

(4) Aull. Gell., XX, 1.

(5) Tácito, *Costumbres de los Germanos*, XXI.

ha adquirido todo su desarrollo natural la satisfaccion penal conocida con el nombre de composicion (1).

La composicion no fué en un principio obligatoria, y sólo tomó este carácter cuando el poder tuvo la autoridad suficiente para obligar á aceptarla, y despues de haber tenido el pensamiento de regular en principio y no en cada caso que la experiencia ofreciese. La negativa á venir á un acomodamiento, fué, por lo tanto, potestativa en un principio; y de que los legisladores bárbaros se vieran en la necesidad de obligar á ella (2) se deduce que existía ya la facultad que aconsejaban. En todo caso, las *Capitulares* de Carlo-Magno no dejaban ninguna duda acerca de la voluntad de este príncipe respecto al asunto (3): «Si alguien por ódio *(pro faida)* no quiere recibir por la ofensa que se le ha inferido, el precio fijado por las leyes, que nos sea presentado y le enviaremos á un lugar en donde no podrá hacer daño á nadie. De igual manera, si alguno no quiere comprar el ódio que se le ha jurado, ni hacer justicia, le enviaremos

---

(1) Tambien rige entre los Kabylas.—V. Doumas, *ob. cit.*, página 196-197.

(2) V. *Leyes de los Sajones*, c. III, § 4, *Ley de los Lombardos*, l. I, tít. XXXIV, § 1: «Si quis pro faida (es decir, *pro vindicta mortis ó inimitia ó grandi simultate*, segun el Glosario de Lindenborg en sus *Leges barbar.*), pretium recipere noluerit, ad nos sit transmissus, et nos eum dirigamus ubi damnum minime facere possit. Simili modo etiam qui pro faida pretium solvere noluerit, nec justitiam inde facere, tunc ad nos sit transmissus, et in tali loco eum mittere volumus ut majus damnum non crescat.»—Y aún más. lib. XXXVII, § 1 y 2: «Si quis aliqua necessitate cogente homicidium commiserit, comes in cujus ministerio res perpetratur, compositionem solvere et faidam per sacramentum satisfacere faciat. Quod si una pars consentire ei ad hoc noluerit, aut ille qui homicidium commisit, aut is qui compositionem accipere debet; tunc comes illum, qui contumax fuerit; ad prœsentiam nostram venire faciat, ut eum ad tempus quod nobis placuerit in exilium mittamus donec ibi castigatur, ut comiti suo inobediens esse ultra non audeat, et majus damnum inde non accrescat.»—Si despues de obligarse por juramento á no llevar más léjos su venganza, la persona ofendida no guarda la paz prometida despues de la composicion, la ley condenaba esta deslealtad al duplo de la composicion aceptada (Lib. I, tít. IX. § 8). «Si homo occisus fuerit, liber aut servus et de ipso homicidio compositio facta fuerit, et pro amputanda inimicitia sacramenta prœstita fuerint; et postea contigerit ut ille qui compositionem acceperit, revindicandi causa occiderit hominem de parte de qua compositionem acceperat, jubemus ut ipsam compositionem in duplum reddat, aut parentibus aut domino servi simili modo de plagis aut feritis, qui post compositionem acceptam revindicare tentaverit, ut in duplum quod accepit restituat: excepto si hominem occiderit, componat ut supra in integrun.» Disposiciones análogas en la *Ley de los Alemanes*, tít. XLV, § 1-2.

(3) *Capitul.*, año 779, c. 22.

á un lugar donde no tenga ya ocasion de causar nuevos daños.» (1) Cuando despues de una composicion difícil, pero arreglada por los magistrados, uno de los enemigos reconciliados mataba al otro, debía pagar una composicion y una multa y ademas se le cortaba una mano (2).

M. Pardessus sostiene que el ofensor no podía obligar a ofendido á recibir una composicion, y que si éste la rehusaba, el ofensor sólo podía acudir á la expatriacion (3). Montesquieu pensaba lo contrario (4).

Basta para conciliar estas opiniones, distinguir los pueblos y los tiempos. Montesquieu tiene razon si se refiere á los países y á los tiempos en que la composicion estaba completamente organizada: las leyes y las capitulares que las reproducen, acabamos de citarlas, y no dejan ninguna duda bajo este punto de vista, y si se atiende al sólo razonamiento que tiene tambien su autoridad áun en la historia, es claro que desde el momento en que un legislador toma el trabajo de hacer leyes muy circunstanciadas respecto á la composicion, desea que sean aplicadas; y que el órden público y la justicia privada que todo soberano está obligado á ejercer, exigen que esta aplicacion no dependa nunca del capricho ó de la mala voluntad de los particulares.

Mas si el asunto se refiere á tiempos anteriores, es claro tambien que la composicion debe haber tenido lugar amigablemente, sobre todo respecto al talion exigido en derecho penal. Bajo este régimen, la autoridad no tenía el derecho de obligar al ofendido á contentarse con una oferta cualquiera por parte del ofensor, y habría en esta violencia un mentís á la ley, siendo por lo tanto necesario ó que el ofensor se sometiese á las exigencias del ofendido, ó que sufriese el talion ú otra pena aflictiva que lo representase. Era libre de elegir en tiempos aún más remotos, cuando la composicion fué por primera vez arreglada por el poder público, y es posible que el legislador, por respecto á los usos recibidos, haya dejado al ofendido el derecho de optar entre

---

(1) Véase tambien *Capit.*, ann. 802, c. 32.
(2) *Capit.*, lib. V, c. 247.
(3) *Ley sálica*, p. 653 y sig.
(4) *Espíritu de las leyes*, XXX, 19.—Véase tambien Mauly, *Observaciones sobre la historia de Francia* I,1.

la composicion fijada y la pena del talion (1). La ley de los Frisones va áun mucho más léjos, pues permite la venganza.

Es muy verosímil que hasta una tercera época no fuera obligatoria para las dos partes la composicion fijada por la ley (2); el ofendido no debió poder decir, «sufrid el talion,» ni el ofensor tener el derecho de aceptar esta alternativa.

Se engañaría, sin embargo, el que creyera que la tarifa de la composicion estuviese universalmente fijada entre los bárbaros. Una costumbre antigua que se conservó en Bohemia hasta el siglo XIV, dejaba al querellante la facultad de estimar la indemnizacion que le era debida en todos los casos en que la pena era pecuniaria. Y el juez estaba encargado de vigilar que no fuese ésta exagerada y hasta fijar la pena pecuniaria del homicidio de si las partes no podían ponerse de acuerdo. La facultad de rescatar su cabeza á precio de dinero, sólo fué concedida para los crímenes sin premeditacion, y más tarde se extendió á los casos de heridas mortales (3).

Mas la composicion debió ser forzosa desde el momento en que el poder se reservó una parte en los procesos criminales, y desde que se estableció el *fredum* (4) (la multa). ¿Bajo qué título legítimo habría sido percibida, si la composicion hubiera podido rehusarse? (5) Sin duda no es incompatible con el régimen del talion, como ya hemos reconocido; es en efecto posible, es decir, puede fundarse en deremente cho bajo el régimen de la venganza; pero es incomparable más natural bajo el de la composicion, y de la composicion obligatoria.

En todo caso, desde que se convenía en la composicion,

---

(1) Lysias, *De cœde Eratosth.*—Véase tambien el autor griego anónimo de las *Cuestiones de Retor.*, c. 20.

(2) V. *Ensayo histórico sobre las leyes*, p. 67 y 68.

(3) Maciciowski *ob. cit.*, t. II, p. 141.

(4) El fredum era entre los Francos salios el tercio del total fijado por la ley (Pardessus, 12 *Disertacion*).

(5) Este interés del poder en convertir la pena aflictiva en pecuniaria, ha tenido parte de influencia en la reforma de las costumbres en materia de penalidad. Entre los Cossyah depende en gran parte del rajah el castigo de todos los crímenes, y todas las multas iban á parar á sus manos; lo que hace que la multa sea un género de castigo de uso general para toda clase de delitos. Rara vez se impone la pena de muerte y sólo en los casos extremos, y entónces el culpable es arrojado por un pricipicio ó muerto en las malezas (*Bellezas de los Viajes*, por de Chantal, t. II, p. 332).

si el culpable entregaba la cosa prometida en el tiempo fijado, quedaba libre de toda persecucion, y la paz era un hecho.

Una dificultad quedaba sin embargo. ¿Qué decidir si el culpable se hallaba sin recursos, si no tenía con qué pagar la composicion? La ley de los Bávaros, dice, que miéntras un hombre tiene con qué responder, segun la ley, podía hacerlo; pero si nada tenía, debía reducirse á servidumbre y dar por año ó por mes, todo lo que podía ganar á aquél á quien había ofendido, hasta que fuera completa la satisfaccion (1). El espíritu de las otras leyes bárbaras se asemeja á aquélla aunque fueran ménos precisas que las de los Bávaros (2).

Lo mismo entre los Escandinavos que entre los Germanos y los Eslavos, la venganza personal fué la primitiva forma de hacer respetar los derechos privados (3).

Más tarde la composicion previno la guerra. Cuando las dos partes no llegaban á entenderse sobre la composicion, es decir, cuando la una se negaba á aceptarla ó la otra entregarla, el ofensor debía buscar su salvacion en la fuga: tal es el orígen del destierro, que al principio era considerado más bien como un medio de salvacion que como un castigo (4).

Con la aparicion del cristianismo y con el desarrollo del poder real, coincidió el establecimiento de la tarifa de las multas; pero aun se hizo alguna vez la guerra privada, sobre todo por causa de homicidio (5).

La composicion y la multa no formaban en ciertos paises sino una pena indivisa, de la cual tomaban una parte cada uno de los interesados.

En Dinamarca, por ejemplo, la multa se hallaba dividida en tres partes: el culpable, sus parientes por línea paterna y sus parientes por linea materna, pagaban cada uno un

(1) Tit., II, 4 y 5.

(2) V. Canciani, *Leg. barb.*, citada más arriba.

(3) En los más remotos tiempos, el homicidio iba siempre seguido de una guerra privada que tendía á lavar la sangre con la sangre. Era vergonzoso contentarse con una multa. *Edda Sigurdarquida*, II, str. 15 *Brynhildarquida*, I, str. 35; *Vatnsdala(Saja)*, c. 23; *Heidarwigas*, etc.

(4) V. Saxe, p. 85, 199; *Arnessen*, *Einl. z. isl.* Rechtsvf., 613-630.

(5) Para la influencia del clero por medio de las penas espirituales véase á Knud's (Canuto ó Knut el Grande) *Geistliche Gesetze*, *Weltliche Gesetze*.—Véase Kolderup, ob. cit., p. 34 y sig.

tercio; el heredero más cercano del muerto y sus parientes de ambas líneas percibían cada uno otro tercio; en el grado más próximo, se daba ó se percibía el doble del grado siguiente. Un pfenning era la más pequeña parte con que se podía contribuir.

Los grados se estimaban siguiendo los mismos principios que para el derecho de sucesion; pero se hallaban exceptuadas las mujeres y los hijos nonnatos.

La multa se pagaba por terceras partes cada cuatro meses, de suerte que quedara satisfecha toda en un año. Con frecuencia, ademas de la multa, el culpable se convenía en pagar á los parientes del difunto una *sobremulta* (Gersum) ya á causa de la dignidad del muerto, ó por temor á la venganza; pero cuando el culpable juraba con testigos sobre la tumba del difunto que él había recibido de éste heridas ó golpes que habían dado ocasion al homicidio, la multa se disminuía otro tanto. Si el culpable había sucumbido, su pariente más cercano podía hacer esta reclamacion.

Las multas pagadas en las ciudades, se repartían entre el querellante, el rey y la ciudad.

El clero tenía tambien parte en la multa, cuando su paz (Kirchenfriede) había sido violada.

Cuando el condenado rehusaba pagar la multa, el querellante estaba autorizado á ejecutar la sentencia segun ciertas formalidades que eran onerosas; y si el condenado cometía por su resistencia nuevos delitos más graves, podía ser desterrado (Friedlos) (1).

Los legisladores anglo-normandos imitaron á los bárbaros en la manera de apreciar los delitos y de tasarlos.

Una ley de Enrique I (siglo XII) enumera detalladamente las especies de heridas que se pueden recibir, y la compensacion para cada una de ellas: explica con cuidado las funciones de los dientes y sus diferentes especies, así como tambien para los dedos; treinta sueldos por un pulgar

---

(1) Kolderup, ob. cit. parr. 25, etc.: No había con él paz posible, puesto que había quebrantado la que aceptó ántes. (Véanse, sin embargo, las leyes y Capitulares arriba citadas). Este quebrantamiento podía ser punible por más de un título, segun el número de derechos que lesionaba, es decir, segun el número de partes que habían intervenido en el contrato de reconciliacion, de composicion ó de paz. Distinguíanse, por otra parte, muchas clases de paz. Este punto histórico es tratado con extension en la obra de M. Alb. Du Boys, t. II, p. 84-120.

cortado, quince sueldos por el índice, doce sueldos por el del medio que dicha ley llama *impúdicus*, diez y siete sueldos por el anular *vel medicinalis* y nueve por el auricular. ¿Por qué el del medio es peor considerado que el anular? ¿No es más fuerte y más necesario? Hay en esto alguna preocupacion secreta. Será quizá á causa de ciertas funciones que se le suponen y que no tienen un carácter exclusivamente quirúrgico? (art. 93) (1).

Independientemente de estas consideraciones generales sobre la composicion, creemos deber examinarla todavía de una manera especial bajo los diferentes aspectos siguientes: la naturaleza única de la pena;—la fijacion del *quantum* de esta pena; la razon de este *quantum*; su diferencia segun los sexos,—segun las condiciones;—el destino de la composicion;—la relacion de las penas para delitos privados con las penas para delitos políticos.

§ I.

De la identidad de naturaleza de las penas que se resuelven en la composicion.

Si la pena debe, en cuanto sea posible, estar basada en cierta analogía; si debe variar segun la naturaleza de los delitos; si esta diversidad deja más latitud al legislador y al juez; si es favorable á una más completa retribucion de la justicia criminal; ¿la eleccion de un solo género de penas, como en la ley sálica, no sería más bien una imperfeccion que una buena cualidad? Esta imperfeccion se hace más grave aun si tiene su orígen en el sentimiento del interés, más bien que en el de la justicia; si es ménos la reparacion de un mal moral, su remedio, que una ocasion de lucro, y si por consecuencia, el delito puede ser considerado ménos como la lesion de un derecho que como un título que hacer valer contra el culpable. Hay en este sistema de penalidad una especie de tráfico de la justicia criminal, tanto ménos moral en el fondo, cuanto que el delito está tasado con una precision literal y farisáica, que excluye la distincion necesaria entre las fortunas de los culpables.

---

(1) Houart; ob. cit. t. I, p. 369.

Si la composicion deseada y sistemáticamente, determinada por la ley, señala un progreso intelectual, y bajo ciertos puntos de vista un progreso moral, se ha de convenir, sin embargo, en que este progreso moral tiene su aspecto discutible. ¿No hace presumir verosimilmente que el culpable quiera pagar mejor con sus bienes que con su persona, y que quien tiene derecho á la pena encuentra más ventaja en contentarse con un castigo que debe traerle provecho, que buscar su satisfaccion en los dolores ó en los tormentos que desprecia tanto más, sín exceptuar la muerte, cuanto más miserable es? Por lo demás, en las sociedades donde la fuerza pública es áun débil, donde la comunidad es pobre y poco capaz de crear casas de correccion, de colocar ciertas personas en la inspeccion de estos establecimientos, de alimentar allí á los penados, sólo queda la alternativa ó de un castigo físico momentáneo y que no puede traer sino una satisfaccion muy pasagera á aquel que lo hace imponer, ó de una pena, que áun siendo muy sensible al que la sufre á causa de su misma pobreza, se hace por la misma razon muy ventajosa al que se aprovecha de ella. La composicion será, pues, un progreso sobre la venganza, sobre el talion, lo concedo; pero este progreso se realiza por sí mismo, por la fuerza de las cosas, sin reflexion, por la sugestion de las necesidades y de los intereses. Desde entonces no supone en las costumbres y la conciencia pública toda la mejora que parece indicar primero.

La composicion no se encuentra nunca entre los salvajes á título de principio, de ley universal sistematizada ó apropiada á los diferentes casos, por la razon de que el salvaje no tiene siempre con que satisfacer á su enemigo, no tiene autoridad bastante para hacer que las partes se avengan, ni la suficiente inteligencia para prevecr, arreglar y consignar por escrito los diferentes casos.

La composicion es una especie de arreglo de cuenta entre un deudor y un acreedor; pero con ese carácter particular que sustituye con frecuencia una cosa debida á otra. La naturaleza de la deuda en materia penal hallase determinada, entre los bárbaros por la naturaleza del delito, y lo mismo sucede con la cantidad de la cosa debida. Estos dos caracteres son lo que se llama el talion en toda su sencillez aparente. Para que esta deuda pueda convertirse en otra, es preciso que el acreedor consienta en ello; y de aquí una es-

pe:ie de negociacion que puede concluir en la composicion, y que no es por una y otra parte más que una compensacion. Se concibe que el acreedor no quiera conmutar su título, que el deudor no pueda pagar de otro modo que con su propia persona, ó que se encuentre el rescate de su pena demasiado duro. Entónces subsisten las obligaciones y los derechos primitivos.

La composicion y el derecho del talion, más ó ménos modificado, han debido estar y han estado, en efecto, mucho tiempo en vigor, miéntras la autoridad pública no ha tenido el pensamiento ó el poder de hacer de la composicion una regla obligatoria, invistiéndole él mismo de los derechos del ofendido en la apreciacion de la ofensa y en la aplicacion de la pena merecida para la reparacion. Ha debido apoderarse con tanto más gusto de este papel de conciliador por vía de autoridad, cuanto que él mismo encontraba una ventaja, pues que se hacía pagar su intervencion. El interés del soberano sirve, pues, tambien para esplicar el paso libre á la composicion obligatoria, no siendo tampoco extraño á esto el órden público ni la humanidad; pero estos dos últimos motivos no excluyen el primero.

§ II.

De la tarifa de las penas.

Una vez admitido el principio de la composicion legal, fué necesario dar más precision á la idea, determinando el *quantum* de la pena para cada delito, lo cual era fácil para los atentados contra la propiedad, salvo la ejecucion contra el que nada poseyese; pero la fijacion de este *quantum* era más difícil en los atentados contra las personas. ¿Cuánto vale una injuria, un ultraje al pudor, un puñetazo, un bastonazo, un sablazo, la pérdida de un miembro ó la vida? ¿No son estas cantidades heterogéneas sin comun medida, sin relacion natural apreciable? De aquí una fijacion ó tarifa necesariamente arbitraria; ¿pero al ménos, se tendría en cuenta el estado de fortuna del ofendido y del ofensor? Y ¿cómo graduar una escala sobre este contenido de una manera qne no sea arbitraria? ¿Tendrá el juez al ménos la fafacultad de obrar entre un máximum y un mínimum, á fin de

apropiar del mejor modo las penas al delito? Pero ¿sobre qué bases se fijarán los términos extremos entre los cuales pueda seguir libremente las inspiraciones de su conciencia? No hay respuesta á todas estas preguntas. El legislador obra de una manera abstracta; y sólo se puede precisar la distincion entre una herida y otra, las cuales son apreciadas, por decirlo así, con el compás en la mano. En la ley de los Frisones, que es por otra parte de las más cortas, hay 164 artículos detallados sobre las composiciones (1): es propiamente, dice Fleury, una tarifa de heridas con la enumeracion de todas las partes del cuerpo humano, y tambien de aquellas que hubiera debido dispensarse de nombrar; por ejemplo, se tasan en otros tantos artículos diferentes una mano cortada, cuatro dedos, tres dedos, un dedo; se distingue tambien si es el pulgar, el índice, y así los demás; igualmente se distinguen en cada dedo las coyunturas (falanges); se observa si la parte ha sido del todo cortada ó si áun se sostiene; y si es sólo una llaga, se determina la longitud, la latitud y la profundidad. Se tasa en particular el golpe que ha hecho caer un hueso de la cabeza; pero si éste no fuese una pequeña esquirla del cráneo, era preciso que pudiera hacer resonar un escudo contra el que se arrojaba á una distancia de doce pasos. Las injurias por palabras están tasadas con igual exactitud, y se puede ver las que pasaban entónces por ofensivas. No se pensaría hoy en expresar ciertas acciones fijadas en particular en estas leyes. Allí se habla del que impide á otro pasar por un camino, del que despoja á una mujer para injuriarla, del que desuella un caballo, etc., etc.

§ III.

Del quantum de la composicion.

Había aquí muchos puntos de vista que considerar y combinar.

Desde el momento en que sólo se quería fijar sino un precio para todo el mundo, era preciso ponerlo al alcance de la fortuua media del pueblo.

Y como las penas debían ser graduadas segun los deli-

(1) V. *Rip.* tít. 70, *De osse sup. viam son; L. Alaman,* tit. 60; *Longob.*, tit. 105; *De in jur. fem.*; *L. salic*, tít. 60.

tos, era preciso distribuir éstos en cierta escala, salvo poner muchos de ellos en el mismo grado. Ahora bien, esta distribucion es con frecuencia tanto más arbitraria, cuanto más minuciosa es; porque el punto de vista del legislador puede estar en desacuerdo con los hechos. La privacion de las manos es mayor para el trabajador que ejerce su oficio de pié, y sobre todo sentado, que la privacion de sus piernas; y un comerciante, por el contrario, se perjudicará más con la pérdida de una pierna que de un brazo.

¿No debería tenerse tambien en cuenta el dolor propio de cada género de lesion, el grado de peligro de la cura, la duracion de ésta, el diverso precio de los medicamentos, etcétera, etc., cosas todas que sólo la experiencia puede dar á conocer?

Ya hemos censurado en este genero de penas el no tomar en consideracion la miseria ó la opulencia del herido y del culpable, la posicion de familia, la del célibe ó casado, y casado con ó sin hijos, etc, que son tambien datos que tienen su valor. No censuraría yo al legislador por haberlas admitido, si no hubiera procurado reemplazar los hechos por una determinacion anticipada, hasta tal punto circunstancial, que debería, por decirlo así, hacer del juez un simple geómetra que no tenía más que servirse matemáticamente desus ojos y de sus instrumentos y no de su conciencia ni desu juicio.

No debemos ponderar el mérito de las leyes por haber admitido una escala de composicion muy moderada. Si las penas hubieran sido demasiado duras, no habrían podido ser aplicadas, y si se hubieran aplicado, las fortunas y las familias habrían quedado arruinadas. El mismo espíritu de codicia ó de humanidad que las había sugerido, había inspirado tambien la moderacion. Un pueblo pobre no puede tener numerosas penalidades pecuniarias sin ponerlas al nivel de las fortunas medias.

Por otra parte, la escala de composicion debió elevarse con la fortuna pública, porque de otra manera las penas habrían llegado á ser impotentes é irrisorias. Rotharis lo comprendió así cuando aumentó la composicion de los fueros antiguos para las heridas, á fin, dice, de que quedando satisfecho el herido, puedan cesar las enemistades (1).

(1) L. I., tít. VII, § 15.

§ IV.

Diferencia de la composicion segun los sexos.

Si el legislador no había tenido en cuenta todas las grandes circunstancias que deben hacer variar la pena de un caso á otro, había, sin embargo, notado algunas, entre ellas la del sexo. ¿Sería necesario decir con Ozanam (1) que esta consideracion era un resto de la antigua veneracion de los hombres del Norte, particularmente de los Germanos hácia sus mujeres? ¿O sería más bien un sentimiento de justicia que conducía á ser más severos contra los cobardes que maltrataban la debilidad? Esta conjetura sería verosímil, si los niños y los ancianos hubieran merecido esta especie de favor. Lo cierto es que se ha alegado en muchas de estas leyes la debilidad de las mujeres, y siendo así, habría una falta de lógica en no extender el mismo beneficio á los niños y á los ancianos, no ménos débiles que aquéllas.

Otras de estas leyes parecen tener presente lo que la ley romana llamaba *fructus*, hablando de los pequeños animales domésticos y de los esclavos; otras, en fin, sólo han visto en la mujer lo que ven en ella los salvajes: un sér inferior al hombre, una especie de instrumento y una esclava que la naturaleza ponía en su poder. Estas últimas leyes debían, pues, rebajar la composicion por los malos tratamientos que sufren las mujeres.

---

(1) La ley de Suecia, las de los Sajones, de los Francos, de los Alemanes, de los Bávaros, de los Lombardos, castigaban con una pena pecuniaria más fuerte la injuria hecha á la mujer, porque no podía protejerse á sí misma por medio de las armas. La ley de los Anglos daba otro motivo: «Qui feminam virginem nondum parientem acciderit, 600 solidos componat; si pariens erit ter, 600 solidos; si jam parere desiit, 600 solidos.» (*Lex Anglor. et Werinor.*, 10, 13.) Yo encuentro, añade Ozanam, casi las mismas proporciones, y por consecuencia el mismo motivo en la ley sálica, 28, y en la de los Ripuarios, 12, 13, 14. Por el contrario, la ley bávara invoca un principio moral, 3, 13: «Quia femina cum armis se defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat.» La ley sajona, 2, 2, castiga con el doble el ultraje hecho á una vírgen. V. *Lex Alamann*, 67, 68; Rotharis, 200, 202; Uplandsl., Manhelg., 29, 5. La *ley de los Visigodos*, VIII, 4, 16, es la única que atribuye á la mujer ménos wehrgeld que al hombre. (*Leyes germanas ántes del Cristianismo*, p. 101.)

§ V.

Diferencia de la composicion segun las condiciones.

Tambien eran séres débiles que debieran merecer la proteccion de la ley los pecheros y los esclavos; pero precisamente porque esta debilidad suponía una inferioridad civil ó de institucion humana, la ley que la había hecho, siendo consecuente, léjos de proteger al esclavo ó al hombre de la plebe, le humillaba todavía, estimando los malos tratamientos que podía sufrir inferiores á los que sufrían el liberto, el ingénuo ó el noble.

A la verdad, segun Tácito, los Germanos no tenían ni libertos, ni ingénuos, distincion esencialmente romana que hicieron desaparecer los mismos emperadores; no tenían tampoco esclavos, ó más bien, hasta que los Romanos les hicieron conocer por la conquista la verdadera servidumbre, los Germanos no tenían otra esclavitud que el colonato, y la autoridad de los señores se ejercía de dos maneras: imponiendo á los colonos un tributo, ó castigándolos á discrecion (1).

Esta distincion de colonos y de señores y dueños, principio de la servidumbre de la gleba, era más que suficiente para conducir á otras en el derecho criminal.

Entre los pueblos esclavistas propiamente dichos, no se indemnizaba al esclavo por los atentados cometidos contra él, ni tampoco á su familia, puesto que no se pertenecía ni tenía familia: su dueño era el que tenía derecho á la indemnizacion; la cual no podía merecer el nombre de composicion respecto al esclavo, lo mismo que si el perjuicio experimentado en su persona por su dueño se hubiera causado sobre un animal ó sobre una cosa.

El feudalismo, haciendo renacer la servidumbre y conservando las leyes pecuniarias por los delitos contra las personas, admitió tarifas diferentes segun la condicion del ofendido.

Un hombre de elevada posicion que se encolerizaba en casa de otro hombre de calidad *(standgenossen)* y le mata-

---

(1) *Germanie,* XXV.

ba, pagaba por su cabeza sesenta marcos, diez al tribunal como pena, y cincuenta á los hijos del muerto; disposicion que viene del derecho de la Pequeña-Polonia: el Estatuto de la Gran-Polonia que reducía esta pena capital á la mitad, se funda en los principios del antiguo derecho silesiano y polaco que ordenaban pagar una pena capital, tanto para los parientes como para los hijos; y se pagaba ménos cuanto la condicion del muerto era más inferior ; para un terrateniente, la pena sólo era de cuatro marcos para el tribunal, seis para los parientes y uno para el señor. El Estatuto de la Gran-Polonia señalaba tres marcos para el señor y otro tanto para los parientes (1).

Si los pecheros habían matado á un noble, eran necesarias tres de sus cabezas para pagar la del noble muerto, segun el derecho de Lituania y de Masovia; otros culpables podían librarse en parte, y otros perdían la mano (2).

En Lituania y en Polonia, la composicion para el homicidio ha durado hasta 1762, y no fué plenanemente abolida hasta 1768, áun contra el noble que había matado á un campesino. Sin embargo, esta medida fué en parte eludida, puesto que se exigía la deposicion de seis testigos contra un noble, debiendo ser tres de ellos de su misma condicion; de esta suerte se hallaba asegurada la impunidad del culpable la mayor parte de las veces (3).

En Inglaterra, se distinguía tambien segun la dignidad del ofendido. Si un conde había sido herido en la cabeza, se pagaban nueve vacas; si era su hijo, seis vacas; si el hijo del tham, tres vacas; si sus domésticos, dos vacas y dos tercias; pero si se derramaba la sangre de un villano, la composicion costaba mucho ménos (4).

---

(1) Macieiowski. *Slavische rechtsgeschichte*, etc., t. II, p. 134.
(2) Macieiowski, *ob. cit.*, t. IV, p. 389.
(3) *Ibid.*, t. IV, p. 303.
(4) «Sanguis de capite comitis sunt, novem vaccœ.
»Sanguis filii comitis, vel unius thani sunt, sex vaccœ.
»Sanguis filii thanis sunt, tres vaccœ.
»De sanguine nepotis thani sunt duœ vaccæ, et duæ partes unius vaccæ.
»De sanguine unius rustici extracto subtus anhelitum, est minor per tertiam partem in omnibus supradictis.» (Houart, *ob. cit.*, t. II, p. 265.)

Entre los Anglo-Sajones, dice Hallam, como entre todas las otras naciones del Norte, la composicion para el homicidio difería segun la cua-

En España la prision no era la misma para el noble que para el pechero, para las mujeres del pueblo que para las de rango. Estas últimas no eran encerradas en las prisiones públicas sino por delitos muy graves, en otro caso se las depositaba en una casa de seguridad ó en un convento. Por lo demás, este género de reclusion no se hallaba ya en uso en el tiempo de Gregorio Lopez (1).

El nuevo Código ruso distingue dos clases de penas paralelas, segun que afectan á las clases privilegiadas ó á las que no lo son; habiendo por lo general accesorias agravantes para los condenados de la última categoría, so pretexto de restablecer la igualdad, teniendo en cuenta que los nobles pierden por las penas aflictivas ventajas honoríficas ó de fortuna que no pueden perder los que no las poseen. Creemos que esta es quizá una apreciacion inútil de diferencias que son por otra parte muy reales, pero que nos parecen suficientemente compensadas por el más alto grado de criminalidad que siempre ó casi siempre se supone con razon en las clases acomodadas, instruidas y privilegiadas; de suerte que, si al noble se le imponía una pena mayor, era porque la tenía merecida (2).

§ VI.

Diferencia de la composicion, segun las nacionalidades y las dignidades.

El orgullo bárbaro encontró en su insolencia una razon suficiente para tener dos pesas y dos medidas, segun que la

---

lidad de las personas. Era ménos para un esclavo que para los *thanes* y los *ceorls* (los propietarios y los cultivadores), y era diferente tambien segun la extension de la propiedad y la cualidad de Sajones conquistadores ó de Bretones conquistados. El céorl sajon y el céorl breton eran libres sin duda, pero el primero pertenecía á una raza privilegiada y reputada superior.

Por lo demás, estas últimas causas de distincion pertenecen al número siguiente.

(1) Antonio Fernandez Prieto.—*Historia del derecho real de España, en que se comprende la noticia de algunas de las primitivas leyes, y antiquísimas costumbres de los Españoles: la del Fuero antiguo de los Godos, y las que se establecieron despues que comenzó la restauracion de esta monarquía, hasta los tiempos del rey D. Alonso el Sábio, en que se instituyeron el Fuero real y las siete Partidas.* Su autor *D. Antonio Fernandez Prieto y Sotelo*, abogado de los Reales Consejos y de los del Colegio de Madrid.—Madrid, 1821.

(2) M. de This. V. *Revista de derecho*.

composicion se verificase en provecho de un Franco ó de un Romano, de un vencido. La ley de los Burguiñones y la de los Visigodos, fueron las únicas imparciales (1).

El Galo fué juzgado hombre vil; su sangre estimada en la mitad ménos que la del Franco, y en todos los casos sólo se le pagaba la mitad de la composicion fijada para éste (2). El cortesano, el señor, el propietario, etc., tenían tambien su valor distinto.

La cualidad de obispo colocaba á la persona que se hallaba investida de ella por encima de los nacionales y de los dignatarios civiles: así, mientras que la composicion era de 600 sueldos para un *leute* ó servidor, era de 900 para un obispo. Los grados inferiores de la gerarquía eclesiástica se tasaban en proporcion; si el muerto era un diácono, se apreciaba en 300 sueldos, y si un sacerdote, en 700. La ley de los Ripuarios tenía una escala más elevada, pero análoga á la de la ley sálica; por la muerte de un subdiácono, 400 sueldos; por la de un diácono, 500; por la de un sacerdote ingénuo, 600; por la de un obispo, 900.

La preeminencia del clero se hallaba, por lo tanto, bien establecida, sin atender para nada á su orígen nacional.

Las naciones bárbaras, sin embargo de estimarse más cada cual, teníanse más consideracion las unas á las otras que á los Romanos ó los Galos, porque los bárbaros se consideraban como hermanos salidos de un tronco comun. Puede verse en sus leyes la prueba de lo que acabamos de decir (3).

---

(1) Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, XXVIII, 3.
(2) Mably, *Observaciones sobre la historia de Francia*, lib. I, 1.
(3) Diferencia de composicion segun los orígenes nacionales, tomada de la ley salica: «Si quis ingenuum Francum aut hominem barbarum occiderit qui lege salica vivit, Sol. 200, culpabilis judicetur. Si quis eum occiderit qui in Truste dominica est, sol. 600, culpabilis judicetur. Si quis romanum hominem convivum regis occiderit, sol. 300, culpabilis judicetur. Si Romanus homo possesor, id est, qui res in pago ubi commanet proprias possidet, accisus fuerit, is eum occidisse convincitur, sol, 100, culpabilis judicetur. Si quis Romanum tributarium occiderit, sol. 45, culpabilis judicetur. (*Leg. sal.*, tít. 43.) Si Romanus homo Francum expoliaverit, sol. 62, culp., etc. Si vero Francus Romanum expoliaverit, sol. 30, culp., etc. (*Ibid.*, tít. 15.) Si Romanus Francum ligaverit sine causa, sol. 30, etc. Si autem Francus Romanum, sol. 15.» (*Ibid.*, tít. 31, etc.) Las mismas proporciones se establecen por las leyes ripuariarias entre los Francos y los Galos.

Diferencia entre los clérigos y los seglares. Se ha visto que la muerte

§ II.

Cómo se repartia la composicion.

Era un principio que los que debían heredar del difunto debían defenderle y vengarle, y á ellos pertenecía la composicion.

La ley sálica ordena que si es muerto un padre, sus hijos reciban la mitad de la composicion, y que sus parientes más próximos, tanto del lado paterno como del materno, reciban la otra mitad. Esta segunda disposicion de la ley parece haber sido motivada por el temor ó de que un parricidio no quedase impune, ó de que la muerte de un padre (1) no se persiguiese con bastante actividad, si el cuidado de ello se dejaba exclusivamente á sus hijos.

«Si alguno ha matado á un ingénuo, dice una ley de Childeberto, y el crímen ha sido probado, debe componer con los parientes segun la ley. La mitad de la composicion pertenece á los hijos; de la otra mitad, tomaran tambien la mitad, de tal manera que no quede más que la cuarta parte, que será para los próximos parientes, tres del lado paterno y tres del materno. Si la madre no vive, la mitad de la composicion que á ella corresponde, pertenecerá siempre á los parientes, tres de un lado y tres de otro.» (2).

«Esta participacion de los parientes paternos y maternos en la composicion debida por la muerte de su pariente, tenía lugar no sólo á falta de herederos descendientes y legí-

---

de un leute ó servidor solo se componía por 600 sueldos, etc., segun la ley sálica. Hé aquí el texto relativo á la composicion de la muerte cometida en las personas de los eclesiásticos. «Si quis diaconum interfecerit, sol. 300, etc. Si quis presbyterum interfecerit, etc., sol. 600. Si quis episcopum, sol. 900, etc.» (*Leg. sal.*, tít. 58). Se conocían ya las compensaciones análogas, pero mayores, excepto para los obispos, establecidas por la ley de los Ripuarios (tít. 36).

Diferencia en favor de los pueblos de orígen germánico: Si quis Ripuarius advenam Francum interfecerit, 200 sol., etc. Si advenam Burgundionem interfecerit, 160 sol., etc. Si interfecerit advenam Romanum, 100 sol., etc. Si interfecerit advenam Alamannum seu Fresionem, vel Bajuvarium aut Saxonem, 160 sol., culpabilis judicetur. (*Lex Rip.*, título 36).

(1) Cometida por hombres libres, porque los esclavos no participaban del favor de pagar pecuniariamente una deuda moral. La razon es bien sencilla; porque no poseían nada.

(2) Childeb., *Reg. capit. ad leg. salic.*, op. Pertr, t. IV, p. 6.

timos, sino en concurso con ellos, como en la cuestion de particiones; lo cual se ajusta, por una parte, á los principios generales que regulan las relaciones domésticas entre los diversos miembros de las familias, y de otra, la obligacion impuesta á todos y á cada uno de perseguir la venganza legal contra el matador. Esta obligacion no era exclusiva del hijo del difunto, como se ha creido á veces, sino comun á todos los varones que se hallaban comprendidos en los límites del parentesco legal, y que con este titulo tenían derechos á la sucesion y á la herencia del *Vehrgeld.*

»Decimos que todos los varones, porque en esto no se trata de las hijas, y ya veremos en el lugar conveniente, qué puesto ocupaban éstas en el sistema de la composicion. En el caso especial que nos ocupa, estaban excluidas, porque la debilidad de su sexo las hacía incapaces de perseguir la *faida* con las armas en la mano, porque la composicion pertenecía con preferencia á los que podían obligar al culpable por medio de desafio.

»La obligacion de perseguir la *faida*, y el derecho de participacion en el beneficio de la composicion, eran dos cosas inseparables, hasta tal punto, que quien se dispensaba de la una renunciaba por esto mismo á la otra. Este estado de cosas hállase ya descrito en Tácito *(Germ.*, 21). Perdíanse, pues, los derechos á la sucesion del próximo pariente cuando no se vengaba su muerte.» (1).

Esta solidaridad de los miembros de una misma familia en la venganza como en la defensa *(cojuratores)*, extendía las enemistades hasta tal punto, que quien tenía una muerte que vengar, no se limitaba á derribar la cabeza del culpable. Desde el tiempo de Beaumanoir (2) el vengador de la sangre iba tambien de noche á sorprender á los parientes del matador, y los exterminaba áun cuando ignorasen el crímen; lo que obligó á Felipe Augusto á publicar la ordenanza conocida con el nombre de *Cuarentena del rey*, en virtud de la cual todo pariente de un matador que no hubiera estado presente en la perpetracion del crímen, no podía ser atacado ántes de los cuarenta dias despues de la consumacion del homicidio. Esta ordenanza fué renovada por San Luis (1245), y confirmada por el rey Juan (1353).

---

(1) Lehuerou, *Historia de las instituciones*, etc., t. II, p. 62 y 63.
(2) Fuero de Beauv., cap. 50.

Una medida análoga hallamos en el segundo período del derecho danés: Waldemar II publicó para la Escocia una ordenanza, en virtud de la cual la multa sólo debía pagarse por el culpable, pero esta ordenanza no estuvo mucho tiempo en vigor; tan poderosos eran los hábitos de venganza (1).

Esto era en cierto modo satisfacer la necesidad de sustraer cierto número de delitos, los más graves, á la composicion, cuyos delitos tomaban en Dinamarca el nombre genérico de *obodemaal*, irredimibles, y eran, desde el siglo IX al XI, el robo, el falso testimonio, la muerte, el incendio con intencion de hacer perecer á alguno *(mordbrand)*, y la traicion de Estado (2).

Desde el siglo XI al XIII, por lo ménos, los delitos declarados irredimibles por la ley llegaron á ser más numerosos y fueron más claramente determinados aun. Estos son:

1.° El *homicidio* en cuatro casos; cuando era cometido: *a*) en el dueño de la casa ó en los que vivían en comunidad con él bajo su propio techo: *b*) ante un tribunal fijo *c*), en la iglesia; *d*) en el que había pagado ya una multa ó llegado á un acomodamiento. Waldemar de Seeland sólo cuenta tres, porque hace un sólo caso del primero y del tercero: la iglesia es la casa de todo cristiano.

2.° *La traicion de Estado*;

3.° *El incendio*, con intencion de hacer perecer á alguno. El que era cogido *in fraganti*, era quemado ó arrastrado;

4.° *El robo*, cuando el ladron era cogido *in fraganti* y la cosa robada valía *medio marco;*

5.° *El robo con asesinato;*

6.° *El robo sacrílego;*

7.° *La muerte en una provincia donde se encontraba el rey;*

8.° *La violacion* de la hija ó hermana de un propietario libre (*bondes*) ó de toda otra mujer noble.

9.° *La muerte* de un hombre que no hubiera sido todavía

---

(1) Kolderup, *ob. cit.*, p. 131

(2) Véase en las leyes de Knud ó Canuto; las penas contra el robo, c. 27; contra el falsario, c. 8; contra la fractura (*husbrec*), el incendio, el robo á mano armada, el homicidio y la traicion contra el señor. (*Hlafordsvic*), c. 61.

acusado ni perseguido (1) ante un tribunal... ó el dia de Pascua de Natividad, de San Lorenzo, de Todos los Santos, de la Candelaria ó un domingo cualquiera del año (2).

Roberto I rey de Escocia (1306-1329) introdujo la misma excepcion para la muerte, el pillage y cualesquiera otros delitos contra las personas (3).

§ III.

Relacion de los delitos privados y de los delitos públicos en la composicion.

Hemos visto que los delitos privados se hallaban todos sometidos á la composicion por la ley sálica; pero que otras legislaciones de la Edad Media, particularmente las de Dinamarca y Escocia, establecieron en ellos excepciones; lo que dice bien claramente que ántes de esta época, la composicion era de derecho para todos los casos.

Háse notado con razon, que los crímenes cometidos contra la tranquilidad pública se castigaban, por el contrario, con una pena corporal; pero eran poco numerosos. Pasarse al enemigo, hacer traicion á su pátria, dar asilo y proteccion á los condenados á muerte, sublevarse contra el jefe del Estado en tiempo de guerra, huir delante del enemigo, penetrar sin autorizacion y con armas en el palacio real, eran actos castigados de muerte, así como el homicidio del dueño por el esclavo, ó del marido por su mujer, y el adulterio. A los monederos falsos y á los falsificadores se les cortaba la mano, y los ladrones eran condenados á prision y privados para siempre de la libertad, si no podían indemnizar á la persona robada (4). Esta profunda diferencia entre las penas reservadas á los delitos privados y las que alcanzaban á los delitos políticos inspiraron á Carmignani las

(1) «Einem unverklagten manu zu toedten, ehe en vor Gericht verfolgt ist....»

(2) Véase Kolderup, etc., ob. cit., § 68, p. 35, 36 y 125. V. en general sobre la composicion y la multa, Alb. Du Boys ob. cit., t. II, p. 140-183.

(3) «Statutum ut quod si aliquis ab hac hora, in antea, de quacumque conditione fuerit, sit convictus, vel attintus de homicido, rapina, aut aliis delictis tangentibus vitam et membra, communis justitia fiat de eo sine racheto.» (Houart, t. III, p. 600). V. lo que anteriormente se ha dicho sobre los hábitos de venganza en Francia, Dinamarca y Escocia.

(4) Canciani, *Roth leg.*, c. 3-7, 13, 36, 204, 214.

siguientes reflexiones. »En medio de la barbarie de la Edad Media, las penas aflictivas, severas y atroces en el órden político, desaparecieron casi por completo en el civil, á consecuencia del principio de la composicion. Sería curioso saber por qué era considerada la severidad de las penas tan útil al mantenimiento del poder público, mientras que se apreciaban tan poco en el órden civil, sin el cual el órden político, queda aislado como Eolo en la caverna de los vientos (5).»

Si nos atreviéramos á contestar á la cuestion planteada por el ilustre criminalista italiano, diríamos que la razon de esta diferencia obedecía á muchas causas:

1.° No era de temer que sobreviniera la guerra entre el Estado y los particulares á consecuencia de la venganza personal ejercida por el poder contra los crímenes políticos; peligro inminente y cierto en el caso de la venganza privada ó del talion.

2.° El Estado tenía más interés que los particulares en esta influencia de la pena que se llama la intimidacion, y quizá tambien en la satisfaccion de deshacerse de sus enemigos.

3.° Podía más segura y más impunemente llegar á este fin que los simples particulares.

4.° Quizá tambien tenía más interés en enriquecerse que en castigar.

5.° En fin, se enriquecía castigando, puesto que á los criminales de este género se les imponían penas que generalmente llevaban aneja la confiscacion.

Todo era, pues, provecho para el Estado, siguiendo en la represion de los delitos políticos un sistema opuesto al que el interés de los individuos, el interés público y la fuerza de las cosas habían establecido para la represion de los delitos privados.

---

(1) *Teor. dell. legg. della sicurrezza locale*, t. IV, p. 233.

CAPITULO XXX.

CUARTO PERÍODO.—LA ANALOGÍA Ó LA RECIPROCIDAD.

SUMARIO.

1. Gran diversidad de las penas en el antiguo Oriente.—Esta diversidad no es efecto de la razon y de la equidad como en Grecia, principalmente en Atenas.—2. Algunos caracteres de la prudencia de las leyes penales de la Grecia.—3. Los Romanos los imitan en parte.—4. El espíritu de esta legislacion penal greco-romana ha pasado á las leyes de los pueblos modernos.—5. El derecho canónico, el derecho consuetudinario, y áun el mismo derecho feudal no son extraños á él.

Hállase en el antiguo Oriente una gran diversidad en las penas; pero tienen el doble inconveniente de ser el fruto de una imaginacion evidentemente inspirada por la venganza ó por la igualdad brutal y salvaje del talion más grosero. Sólo en Grecia, y en Atenas principalmente, hallamos por primera vez las penas sometidas en su eleccion y en su aplicacion á principios de equidad. El suplicio oriental perdía allí considerablemente aquel refinamiento de crueldad que caracterizó el primer período de la civilizacion, ante cuyo refinamiento es ya un inmenso progreso el talion que distingue las leyes criminales de los antiguos pueblos orientales.

Las penas son sencillas, naturales y tan variadas ya como lo permitía la diversidad de bienes cuya privacion podía afectar al hombre dolorosamente: la privacion de la vida natural, de la vida política ó civil, de sus bienes, de la libertad, etc.; tal es la base de la eleccion de las penas. Alcanzan ademas distintos grados en su aplicacion, segun la gravedad de los delitos, y la arbitrariedad del juez se halle más ó ménos limitada. El poder ejecutivo no es al mismo tiempo legislativo; y al aplicar la ley, no tiene el derecho de crearla ni el de aplicarla creándola.

Roma tomó de Grecia su legislacion criminal y las demás instituciones; pero apropiándolas á su génio y modifi-

cándolas luego segun sus costumbres y sus progresos. El talion que había pasado á la ley de las Doce-Tablas por conducto de Grecia que lo tomó á su vez del Oriente, fué muy rara vez aplicado, y era permitido librarse de él (1); las otras penas se hallaban más en armonía con las ideas y las costumbres de los Romanos.

Es inútil hacer notar en detalle la influencia del sistema de penalidad greco-romano sobre las legislaciones modernas. Nuestra civilizacion europea es completamente romana en su principio; su fondo ha sido momentáneamente alterado por los bárbaros y el régimen feudal; pero en el Renacimiento, la civilizacion antigua recobró la justa influencia que ejercía. Se verá, por otra parte, cuando estudiemos las diferentes penas aplicadas segun los tiempos y los lugares á los diversos delitos, que los pueblos modernos apénas salen de la tutela del derecho romano; que esta tutela se ha ejercido constantemente en Europa despues de la conquista; y que los Galos, los Francos, etc., han tomado de los Romanos sus leyes penales. Sábese que los bárbaros han respetado despues de su invasion las instituciones civiles de los pueblos vencidos, y que el derecho romano no ha cesado de reinar con más ó ménos fuerza en la Europa meridional de la Edad Media.

El derecho canónico, mezclando su influencia á la del derecho romano, léjos de destruirla ó de absorberla, la ha sufrido más de una vez, y nace del derecho romano mismo; pero modificado por el cristianismo, ó más bien por la Iglesia y por el papado.

El derecho romano ha influido tambien poderosamente en las costumbres, por originales que éstas hayan sido.

Este derecho era la costumbre de los pueblos que no tenían otras, y modificó con frecuencia aquellas cuyo orígen era extranjero: así, por ejemplo; el *Espejo de Suabia* y el *Derecho imperial* no son sino el derecho consuetudinario germánico, conocido con el nombre de *Espejo de Sajonia*, al cual se había mezclado desde el siglo XV una gran parte del derecho romano y del derecho canónico. El derecho bárbaro de la composicion influyó tambien en muchas costumbres, y la multa que formaba parte de él, era por sí sola una poderosa razon para que fuese adoptado y mantenido.

---

(1) *Gell.*, XX, 1.

San Luis cita con frecuencia las leyes romanas en sus *Establecimientos*, y Pedro des Fontaines hizo tambien un uso muy frecuente de ellas en su Consejo. En una ordenanza de 1.° de Abril de 1315, se habla ya del crímen de lesa-majestad, y bajo Felipe el Hermoso, vemos muchos documentos en que se halla la expresion de *lesion de la majestad real*. Tambien á las leyes romanas, por lo ménos indirectamente, debemos el uso del tormento.

Por otra parte, no es en derecho criminal donde se distinguen los fueros por la originalidad y la variedad. Apénas se habla de ellos, bajo este punto de vista, por lo poco que se separan del derecho clásico universal de los tiempos modernos, es decir, del derecho romano modificado por el derecho canónico, y por el arbitrio que dejan al juez la ley y el soberano. No hablamos aquí sino de las disposiciones penales y no del procedimiento.

La época en que el derecho presenta más anomalías en Europa y en que parece tener un carácter más original, es la de la Edad Media; pero las justicias señoriales tenían pocos fueros criminales, porque la justicia se administraba arbitrariamente por el señor ó en su nombre: sólo una circunstancia tendía á dar y á conservar á esta justicia un carácter un poco equitativo y permanente, y era el gran principio de no ser juzgado sino por sus pares. Pero este principio no alcanzaba ni á los villanos ni á los campesinos, á quienes no protegía.

CAPITULO XXXI.

QUINTO PERÍODO.—LA JUSTICIA TEMPLADA POR LA PIEDAD Y LA CLEMENCIA.

Del último siglo data muy particularmente esta nueva tendencia en la eleccion y aplicacion de las penas. Es cierto que sus primeros gérmenes son mucho más antiguos, pero su influencia sólo se ha ejercido ámpliamente desde hace un siglo. En nuestros dias, este espíritu penetra cada vez más profundamente en los códigos criminales, y tiende á abolir la pena de muerte en materia de política y áun en materia civil; á convertir la pena, en general, en simple penitencia; y la detencion correccional de los adolescentes en sistema de educacion. La misma penitenciaría no es tampoco más que un medio para obtener la reforma de una educacion mala ó el complemento de una educacion imperfecta. En todas partes, lo mismo en la Roquette que en el establecimiento de Metray, en nuestras prisiones y áun en nuestras galeras, como en las penitenciarías americanas, el detenido es objeto de una solicitud más ó ménos compasiva, y la sociedad no tiene ya aquellos rigores sistemáticos que respiran aún la cólera y la venganza: sus agentes pueden faltar á su mision, pero no son verdugos. La pena de muerte es cada vez más rara en aquellos países donde se mantiene todavía, y la sociedad que la impone lo hace á despecho y casi como avergonzada; y una pena que necesita ocultarse, porque comienza á sublevar la conciencia pública, se halla moralmente derogada. Tal es la opinion y tal la tendencia del siglo.

Y, sin embargo, esta tendencia y esta opinion no pueden ser acusadas de una simpatía rayana con la complicidad, no. El mal moral, el crímen, sigue siendo lo que es; el sen-

tido de lo justo no se halla pervertido; pero el de la indulgencia, de la generosidad, de la piedad, en fin, se han desarrollado hasta el punto de reducir mucho la escala de la penalidad. En otros tèrminos, las costumbres generales se han dulcificado considerablemente, y esta dulzura, esta benignidad no aprovechará sólo á los culpables, sino que, por el hecho de ser universal y ser sentida por la misma poblacion en que el crímen se comete, con frecuencia será un beneficio, áun para esa otra parte del pueblo que con más frecuencia es víctima de los atentados.

Esta tendencia es, pues, un progreso incontestable sobre las fases precedentes del derecho criminal.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Páginas.

PRÓLOGO I

LIBRO I.

De los delitos en general.

CAPÍTULO I.—Esencia del delito; sus condiciones............. 31

II.—Respecto de qué séres se puede delinquir....... 42

III.—Qué agentes pueden delinquir.................. 47

IV.—De la imputabilidad del delito. De las excusas perentorias.............................. 55

V.—De las circunstancias así agravantes, como atenuantes propiamente dichas................ 84

VI.—De la tentativa............................. 116

VII.—Del concurso de los delitos y del concurso de las penas..................................... 122

VIII.—De la reincidencia.......................... 126

IX.—De la alarma, de la amenaza, de la seguridad pública ó privada y del derecho de proveer á ellas.. 149

X.—De la complicidad........................... 153

XI.—De la responsabilidad penal.................. 165

XII.—De la responsabilidad civil.................. 171

XIII.—De la manera como se reparan y borran los delitos, y en particular de la reparacion civil..... 177

XIV.—De la rehabilitacion......................... 179

LIBRO II.

De las penas en general.

Páginas.

CAPÍTULO I.—Esencia de la pena; su fin........................ 183
II.—Si la pena tiene su razon en la venganza personal........................ 188
III.—Si la pena es la venganza pública ó social........ 193
IV.—Si la pena consiste en la retribucion del mal físico por el mal moral en la expiacion............. 194
V.—Si el fin de la pena consiste en la mejora del culpable, en el arrepentimiento y la buena resolucion por medio de la retribucion del mal físico por el mal moral........................ 204
VI.—Si la pena tiene por fin exclusivo la suguridad privada y pública por la intimidacion, la proteccion del derecho por el sufrimiento, la seguridad en una palabra..................... 208
VII.—Si la pena consiste en la retribucion proporcional del mal físico ó afectivo por el mal fisico...... 213
VIII.—Paralelo entre el sistema de la expiacion y el de la reciprocidad........................ 223
IX.—Conclusion sobre la naturaleza y el fin de la pena........................ 225
X.—Importancia de la determinacion del principio precedente........................ 232
XI.—Del derecho de castigar........................ 235
XII.—Quien puede legítimamente castigar............ 243
XIII.—De la legalidad de las penas................... 247
XIV.—Cualidades extrinsecas de la pena............. 253
XV.—De la cuantidad ó grado de la pena............. 258
XVI.—De las diversas influencias que modifican las leyes criminales.—Influencia de las razas...... 264
XVII.—Influencias de la civilizacion en general sobre las leyes penales........................ 271
XVIII.—De la influencia de las instituciones religiosas, políticas, civiles, industriales, científicas, artisticas, literarias y filosóficas sobre la penalidad........................ 297
XIX.—Influencia de la conquista y de la imitacion en las leyes penales........................ 320
XX.—De la acumulacion de las penas................ 330

Páginas.

CAP. XXI.—De las diferentes especies de penas en general.... 332
XXII.—De las penas aflictivas ó corporales.—De la pena de muerte en particular.—De otras especies de penas corporales.......................... 337
XXIII.—De las penas pecuniarias...................... 381
XXIV.—De las penas infamantes y morales.—De la muerte civil.................................... 391
XXV.—Como concluye la pena....................... 399
XXVI.—Lo que ha sido la pena en las diferentes fases sucesivas del derecho criminal................. 403
XXVII.—Primer período.—La venganza................. 407
XXVIII.—Segundo período.—El talion.................. 424
XXIX.—Tercer período.—La composicion.............. 431
XXX.—Cuarto período.—La analogía ó la reciprocidad. 455
XXXI.—Quinto período.—La justicia templada por la piedad y la clemencia...................... 458